

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

**Instrumentos jurídicos en la transmisión intergeneracional de
la empresa familiar**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Rut González Hernández

Directora

Carmen Muñoz García

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL
INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA
TRANSMISIÓN
INTERGENERACIONAL DE LA
EMPRESA FAMILIAR

Trabajo de investigación que presenta

Rut González Hernández

para la obtención del Grado de Doctor

Bajo la dirección de la Doctora

Dña. Carmen Muñoz García

MADRID

2017

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA
TRANSMISIÓN INTERGENERACIONAL DE LA
EMPRESA FAMILIAR**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Rut González Hernández

Dirigida por:

Dra. Dña. Carmen Muñoz García

MADRID

2017

INDICE

ABREVIATURAS	6
ABSTRACT	7
RESUMEN DE LA TESIS.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO PRIMERO: EMPRESA FAMILIAR: ORGANIZACIÓN FAMILIAR Y EMPRESARIAL	18
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	18
1. Relevancia de su estudio.....	18
2. Aproximación al concepto de empresa familiar	19
2.1. Ausencia de concepto legal	19
2.2. Concepto de creación doctrinal	20
3. Interrelación entre familia y empresa	25
3.1. Ámbito de la familia	26
3.2. Ámbito de la empresa	29
3.3. Protección constitucional.....	35
4. Problemas a los que se enfrenta la empresa familiar: “Fortalezas y trampas”.....	37
5. La conservación de la unidad de la empresa en el relevo generacional.....	40
II. LA PLANIFICACIÓN: MEDIDA NECESARIA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL	43
1. La planificación como garantía de la continuidad de la empresa	43
2. El proceso de la planificación u ordenación de la sucesión.....	45
2.1. Elaboración del plan de sucesión.....	47
2.2. Desarrollo del proceso sucesorio	48
2.2.1. Generalidades	48
2.2.2. Etapas	49
III. CONEXIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO SUCESORIO	52
CAPÍTULO SEGUNDO: INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL	58
PARTE PRIMERA: INSTRUMENTOS GENERALES: CAPITULACIONES MATRIMONIALES, PACTOS PREMATRIMONIALES Y TESTAMENTO.....	58
I. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	58
1. De la relevancia del matrimonio y la evolución del modelo tradicional de familia.....	58
2. La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus relaciones familiares y patrimoniales	64
2.1. Facultad de autorregulación.....	64
2.2. Límites a su ejercicio	70
3. Incidencia de la economía del matrimonio en la empresa	73
II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	78
1. Funcionalidad que tienen para la empresa	78
2. Posible contenido de las capitulaciones.....	83
3. La afectación de la naturaleza de la empresa en los regímenes económicos matrimoniales. Regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges	86

4.	De los efectos de la liquidación del régimen económico matrimonial sobre la empresa.....	94
5.	Recapitulación: Pactos que favorecen la continuidad de la empresa.....	101
III.	PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIALES	104
1.	Reflejo de la evolución del Derecho de familia.....	104
2.	Reseña sobre su regulación. Especial referencia a la regulación en el ordenamiento catalán ..	108
IV.	DEL CAMBIO SOBREVENIDO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LOS CÓNYUGES	114
V.	TESTAMENTO	123
1.	Planteamiento general.....	123
2.	Problemática que se plantea para la transmisión y atribución unitaria de la empresa	134
2.1.	Limitaciones a la libertad de disposición de la empresa. El sistema de legítimas	138
2.1.1.	Libertad de testar <i>versus</i> legítimas.....	141
2.1.2.	Posición de los Derechos forales	146
2.1.3.	Fundamento de la legítima. Propuestas de reforma	149
2.1.4.	Los derechos sucesorios del cónyuge viudo	160
2.2.	La empresa durante el período transitorio de herencia yacente	168
3.	Mecanismos testamentarios que pueden garantizar la continuidad y conservación de la empresa	170
3.1.	Adjudicación de la empresa vía la partición que realiza el testador. Art. 1056 CC.....	174
3.2.	Adjudicación de la empresa por la vía del art. 841 CC.....	183
3.3.	Fiducia sucesoria	185
3.3.1.	La excepcionalidad de la figura	185
3.3.2.	Finalidad y naturaleza de la delegación fiduciaria.....	191
3.3.3.	Facultades del fiduciario: mejorar, adjudicar, atribuir y partir	198
3.3.4.	Instrumento jurídico flexible y versátil. Breve referencia al <i>trust</i>	203
	PARTE SEGUNDA: INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS: LOS PROTOCOLOS FAMILIARES	207
I.	CONSIDERACIONES GENERALES	207
1.	Origen y finalidad del instrumento	207
2.	Concepto y naturaleza jurídica del protocolo	211
3.	Contenido	214
II.	INCIDENCIA DEL PROTOCOLO SOBRE EL RÉGIMEN ECÓNOMICO MATRIMONIAL Y ASPECTOS SUCESORIOS	217
III.	LIMITACIONES DE LOS PROTOCOLOS EN CUANTO A SU EFICACIA JURÍDICA	219
	CAPÍTULO TERCERO: ALTERNATIVA A LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA. LOS PACTOS SUCESORIOS O “CONTRATOS SUCESORIOS”	223
I.	LIBERTAD CONTRACTUAL Y OPCIONES DEL CAUSANTE	223
1.	Revocabilidad testamentaria <i>versus</i> vinculación contractual.....	223
2.	Necesidad de una mayor libertad de disposición.....	230
3.	El porqué de la prohibición de los pactos sucesorios	236
II.	EL PACTO SUCESORIO EN EL ESTATUTO DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR AGRARIA Y DE LOS AGRICULTORES JOVENES DE 24 DE DICIEMBRE DE 1981	244
III.	LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LOS SISTEMAS QUE COEXISTEN EN ESPAÑA Y EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS	246
1.	Panorama general en los distintos Derecho forales	246

1.1. Peculiaridades de los Derechos aragonés, gallego y navarro.....	247
1.2. Regulación en el ordenamiento catalán	251
2. Reseña al derecho italiano y francés.....	258
2.1. El “Pacto de familia” en el Código Civil italiano	259
2.2. Los “Pactos de sucesión futura” en el Derecho francés.....	261
IV. FINALIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS: MANTENIMIENTO DE LA EMPRESA FAMILIAR.....	262
V. LA REVOCACIÓN DEL PACTO.....	264
1. Causas de revocación.....	264
2. Revocación por cambio sobrevenido de circunstancias.....	266
VI. LEY APLICABLE AL PACTO SUCESORIO. CONSIDERACIONES SOBRE DOMICILIO Y VECINDAD CIVIL.....	268
VII. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO: PROPUESTA DE REFORMA.....	270
CONCLUSIONES.....	273
JURISPRUDENCIA CITADA	283
BIBLIOGRAFÍA.....	285

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
ADC	Anuario de Derecho Civil
art.	Artículo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCCN	Código Civil y Comercial Unificado de Argentina
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
GEEF	<i>European Group of Owner Managed and Family Enterprises</i>
IEF	Instituto de Empresa Familiar
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LPPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad
LSLNE	Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa
pp.	Páginas
RCDI	Revista crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDP	Revista de Derecho Privado
ss	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen

ABSTRACT

For most family businesses, planning for succession is the most critical challenge they face. In fact, they often experience difficulties when it comes to passing their businesses to younger generations.

The subject of the Thesis is the transmission mortis causa of the family business keeping it undivided, -in favour of the successor, generally the descendent who clearly show higher aptitudes or dedication to this business-. One of the main problems for these business is the lack of special rules that solves many of the problems of succession in family business.

The legal instruments used for the transfer of this business in the event of death are studied as well as how it fits in with other tools employed by the family business such as the Family Protocol, that intends to organize the interaction between a family and their family-owned business. We stopped in the possibilities of the same: mortis causa vehicular forms, because of the attribution of property.

The entrepreneur will select the right planning tool to transfer his business, however the transfer of business ownership among generations must comply with the "legittima", which is a limit for the testator. The problem is that the heirs must be compensated and our law has not adopted any solution in order to protect the firm where several heirs claim their share in the enterprise.

Some reforms have brought our civil law in matters of succession and family, the figure of the trust that existed regularly in some of the provincial legislation. It is a business regulator of the succession which represents an exception to the formal personal principle. However other figures, such as succession agreements, haven't been integrated and the general prohibition is maintained.

In effect, the legal instrument most well adapted to the consensus and agreements between family members is the agreement as to succession, because unlike unilateral wills, it involves a concurrence of wills and it is efficient in achieving the transfer of the family business. In this way, we have an arrangement upon death and therefore, in the nature of these provisions.

In some countries, in order to facilitate the transfer of enterprises, succession rules have been reformed, introducing family agreements, in the same way, our legislator should consider allowing the conclusion of future succession pacts.

The doctoral thesis is structured in three chapters and some final conclusions.

RESUMEN DE LA TESIS

Para la mayoría de las empresas familiares la planificación de la sucesión es el principal desafío al que se enfrentan. Se constata que encuentran dificultades en la transmisión de la empresa a la siguiente generación.

El tema central de la tesis es la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar - en favor del sucesor, generalmente el descendiente más capacitado para estar al frente del negocio- manteniendo el control en manos de la familia. Uno de los principales problemas que se plantean en estas empresas es la falta de una regulación específica que resuelva los problemas de la sucesión en la empresa familiar.

Se analizan los instrumentos jurídicos empleados para la transmisión de empresa por causa de muerte, así como su encaje con otros instrumentos utilizados por la empresa familiar como es el Protocolo familiar, que pretende ordenar las relaciones entre empresa y familia. Nos centraremos en las posibilidades que nos ofrecen como instrumentos de planificación para atribuir la propiedad de la empresa.

El empresario elegirá el instrumento que mejor se adapte para ordenar su sucesión, sin embargo deberá respetar las limitaciones del sistema de legítimas y el problema que se plantea es que el resto de herederos deben ser compensados, y nuestro derecho no ha adoptado ninguna prevención al respecto para proteger a la empresa cuando el resto de legitimarios reclama su porción hereditaria.

Algunas reformas han incorporado al Derecho común figuras como la fiducia, de tradición en los Derechos forales. Se trata de un instrumento regulador de la sucesión y que supone una excepción a un principio de carácter personalísimo, sin embargo otras figuras como el pacto sucesorio no ha sido incorporado y se mantiene la prohibición general.

En efecto, el instrumento jurídico que mejor se adapta al consenso y a los acuerdos entre familiares es el pacto sucesorio, porque a diferencia del testamento unilateral, implica un acuerdo de voluntades y es eficiente para lograr la transmisión de la empresa familiar. De esta manera tenemos un acuerdo que recoge las previsiones oportunas que posibilitan el relevo generacional.

En algunos países para facilitar la transmisión de patrimonios, el Derecho sucesorio ha sido reformado para introducir pactos familiares, de la misma manera, nuestro legislador debería considerar la admisibilidad de dichos pactos.

La tesis doctoral está estructurada en tres capítulos y unas conclusiones finales.

INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares tienen gran importancia en el crecimiento económico y social de un país, son el motor impulsor de desarrollo, sostienen el tejido productivo y a la vez suponen una herramienta de creación de riqueza. En este sentido, es incuestionable que los problemas que se desarrollan en el seno de la empresa familiar, así como el *iter* de su planificación u ordenación en la sucesión, repercuten en el conjunto de la economía y la sociedad. Aún así, y teniendo en cuenta que confluyen dos instituciones de enorme arraigo social, económico y jurídico -la familia y la empresa-, con sistemas normativos propios, y con singularidades y complejidades propias, no fue tomada en cuenta por el legislador español hasta el año 2001, fecha en la que por primera vez se creó en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado la ponencia para el estudio de la problemática de la empresa familiar, donde se puso de manifiesto la imposibilidad de crear una normativa unívoca sobre la materia. Previamente, la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Plan de acción: El programa Europeo a favor del espíritu empresarial de 11 de febrero de 2004, pusieron de manifiesto la importancia de que el empresario organice en vida la transmisión que garantice la supervivencia de la empresa.

Partimos además, de una clara premisa, existe por parte del fundador de la empresa familiar, esa manifiesta voluntad de continuidad en el tiempo, de ahí que, diseñará la transmisión al ser la preparación de la sucesión esencial para su pervivencia. Será en ese momento, en el que considera que debe comenzar a planificar el relevo generacional, cuando se planteará que instrumentos jurídicos le ofrece el ordenamiento para garantizar la continuidad de la empresa. De estos nos ocuparemos a lo largo de este trabajo, intentando poner en orden tanto los que nos ofrece con carácter general el sistema, como otros, que con vocación específica en la materia, están ya admitidos (la figura del protocolo familiar) o podrían estarlo, como ya ocurre en algún Derecho foral (los pactos sucesorios del Derecho catalán o el apartamiento del Derecho gallego).

La empresa es una unidad organizativa y productiva que no dispone de un estatuto jurídico propio que prevea el destino al morir su titular. La aplicación de las reglas de la sucesión *mortis causa* contemplan la empresa como bien integrante de la

masa hereditaria, sin que se tengan en cuenta las particularidades -muy relevantes y de profundo calado familiar, económico, social y jurídico- de forma aislada, sobre todo como un ente que no se desea disgregar, por la propia entidad de la misma.

Al ser parte de lo que se integrará en el patrimonio hereditario, su distribución y adjudicación compete en primera instancia al causante, y después al sucesor. Ahora bien, la voluntad de uno y otro está limitada y muchas veces no encuentra respuesta en el instrumento del testamento, por no ajustarse a sus necesidades de planificación.

Los principales aspectos que pueden incidir y que afectan a la transmisión de la empresa son el régimen económico matrimonial y el sucesorio, y por tanto, los problemas se plantean en torno a ellos. El patrimonio del empresario es un patrimonio de riesgo, y los ámbitos familiar y sucesorio no están exentos a estas vicisitudes.

La transformación del modelo de familia, con una estructura básica, única y sin variantes, ha sufrido importantes cambios en los últimos años y la tendencia del futuro será el pluralismo familiar, estas mutaciones que se experimentan en la familia tienen su reflejo en el derecho¹, como instrumento al servicio de la sociedad y de las exigencias económicas, si bien se requieren mayores adaptaciones de sus instituciones a las situaciones y necesidades que se demandan continuamente y eliminar obstáculos en orden a incrementar la autonomía de la voluntad de las partes.

Los cambios de la familia son muy rápidos y las soluciones que ofrece el derecho en no pocas ocasiones llegan con posterioridad a la realidad porque no evoluciona al mismo ritmo y el empresario no está al margen de los mismos, debe tenerlos presente y adelantarse a ellos cuando se plantee ordenar su sucesión².

El principal problema al que se enfrentan las empresas familiares es la carencia de bases sólidas que les permitan superar con éxito los distintos relevos generacionales, hecho que se dificulta por la compleja armonización de los principios familiares y empresariales. Por ello, la sucesión requiere de una concordancia de instrumentos

¹ Algunas de las grandes transformaciones sociales y culturales de finales del s XX asientan la convivencia en pareja sobre nuevos fundamentos. IGLESIAS DE USSEL, J., MARÍ-KLOSE, P.: “La familia española en el s. XXI: los retos del cambio social”, en *Familias*. AA.VV. (Dir. CHACÓN, F., BESTARD, J.) Ed. Cátedra. Madrid, 2011, p. 1049.

² A este respecto, ROCA TRÍAS, E.: “Familia y Constitución”, en *Derecho, sociedad y familia: Cambio y continuidad*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006), p. 226, el Derecho de familia actual está regido por los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. Esto explica las soluciones tomadas por el legislador, tanto estatal como autonómico, en relación a las relaciones entre cónyuges y en el establecimiento de los sistemas de protección adecuados para aquellas personas que carecen de capacidad.

familiares y sucesorios para regular la organización de la empresa y las relaciones entre la familia y la empresa y de esta manera preservar el patrimonio familiar. Instrumentos que deben permitir aunar las finalidades del mantenimiento de la titularidad en manos de la familia y la unidad de dirección.

La planificación es el núcleo esencial del relevo generacional, que hay que entenderlo como el proceso de sustitución en el liderazgo y en la propiedad de la empresa. El fallecimiento del fundador es un hecho inevitable y habrá que intentar minimizar el impacto que puede producir sobre la empresa.

El objetivo que se pretende con este estudio es poner de relieve la necesidad de planificación de la sucesión a través de los instrumentos que el ordenamiento ofrece al empresario para llevarla a cabo, pues una sucesión improvisada tiene unos costes más altos que una sucesión planificada³.

El fundador tiene que afrontar dos grandes retos en la planificación el proceso de sucesión, la transición generacional -evitando la disgregación entre una pluralidad de sucesores- por un lado y por otro las relaciones familia-empresa⁴.

El Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001, llegó a la conclusión de que nuestro sistema sucesorio es lo suficientemente flexible como para conseguir que toda empresa concluya con éxito el proceso sucesorio, si bien, aconsejaba a los fundadores de empresas familiares, por las dificultades técnicas que se pueden plantear, la previsión anticipada de la sucesión. Dadas las características de la empresa familiar, el momento de la transmisión hereditaria es sin duda clave para la pervivencia de la misma. Pero no es el único. Los especialistas y los comparecientes han destacado en qué forma las normas del Código Civil pueden suponer un factor negativo para la continuidad de la empresa familiar, aunque tampoco han faltado

³ Las estadísticas demuestran que son muy pocos los empresarios que acometen el proceso de sucesión, por ello es necesario una labor de sensibilización y ver el cambio como una oportunidad y no como una amenaza. Por complejo que sea el proceso es necesario afrontarlo para lograr la continuidad de la empresa. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. 4ªed. Madrid, 2013, p. 28.

⁴ Vid. CORTÁZAR LORENTE, C: “Trust y empresa familiar”, en *El Trust en el Derecho Civil* (Dir. ARROYO I AMAYUELAS, E.) Ed. Bosch. Barcelona, 2007, p. 526, la experiencia demuestra que la política de sucesión de la empresa familiar se basa en dos principios: 1º El principio de filiación de los sucesores con el fundador de la empresa. 2º Y el principio de conservación del equilibrio entre las ramas familiares.

comparecientes que han demostrado que existe regulación suficiente en el Código Civil para conseguir que la empresa siga perviviendo a pesar de la desaparición de los fundadores. En el fondo, puede estimarse que existe soterrada una cierta polémica entre los partidarios del sistema anglosajón de absoluta libertad de testar y los partidarios del sistema de legítimas tal como está configurado en España (p. 29).

Este informe se limitó a hacer una serie de recomendaciones para que el legislador posteriormente las siguiera, a algunas de ellas, por lo que a nuestro estudio interesa, nos remitiremos a lo largo de los capítulos de este trabajo.

Sin embargo, las modificaciones que ha experimentado la legislación civil y que se tratarán en las sucesivas páginas, no han sido suficiente, muchas recomendaciones no se han reflejado en la realidad normativa y el empresario tiene grandes limitaciones para ordenar la sucesión de su empresa y sobre todo, el problema se plantea cuando no existe patrimonio hereditario fuera del patrimonio empresarial o el sucesor tiene que endeudarse para poder pagar al resto de los legitimarios, lo que puede poner en peligro la continuidad de la empresa. Un reparto igualitario entre los hijos del fundador no la favorece, sin embargo, el reparto desigual puede entrar en conflicto con las normas de *ius cogens* en cuanto a las legítimas.

La Comisión sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas de 28 de marzo de 1998 también fue consciente de la complejidad que entraña el fenómeno sucesorio y la necesidad de que los distintos estados modifiquen sus legislaciones para mejorar la transmisión, en concreto la prohibición de los pactos sucesorios, medida adoptada para la mejora de la continuidad de las empresas.

El afán de continuidad y perdurabilidad en el tiempo es una constante en estas empresas que se transmite de su fundador a las generaciones siguientes. Son especialistas en sobrevivir en el tiempo y en adaptarse debido a que la supervivencia de la familia resiste. Se trata de dar continuidad a la entidad, y de favorecer y garantizar con todos los medios jurídicos a nuestro alcance, su permanencia. Por este motivo, necesitan los mecanismos jurídicos adecuados que garanticen su permanencia, entendiendo que cada empresa se constituye de una manera peculiar y única y su desarrollo es igualmente peculiar y único, lo que precisa amoldar los respectivos instrumentos a cada empresa familiar en particular⁵.

⁵ Hay en el hombre una tendencia natural a partir de lo anteriormente elaborado por otros hombres, a guardar memoria de sus experiencias y adelantamientos, es la tendencia a la tradición, a entregar y

El problema que se nos plantea es que las iniciativas empresariales no están institucionalizadas bajo una forma predeterminada que sirva para protegerlas, debido a su carácter dinámico, variable y multidimensional, por lo que tenemos que adecuar los mecanismos e instrumentos jurídicos existentes y se requiere que estos sean flexibles y dinámicos, y es en este aspecto, donde nos encontramos con obstáculos como desarrollaremos en este trabajo. A pesar de que la empresa familiar carece de una regulación normativa propia, el Código Civil contiene instituciones que pueden contribuir a facilitar la transmisión *mortis causa*.

En el proceso sucesorio, que trataremos, el Derecho civil tiene un gran protagonismo, conjugándose las normas de Derecho de familia y sucesiones. Disciplinas estas, que tienen como base la familia y la propiedad, al regular las relaciones familiares y los conflictos que de ellas se originan. Ahora bien, al ser cada situación familiar y empresarial diferente, es difícil establecer reglas o teorías generalistas. En este sentido, lo que la empresa familiar demanda son instrumentos jurídicos adecuados que garanticen la continuidad y permitan lograr un pacto de familia que se ajuste a la realidad familiar y económica⁶.

A la hora de afrontar el cambio generacional el empresario tendrá que conciliar la faceta de padre y la de empresario, lo que no le resultará fácil porque la elección del sucesor, que deberá designarlo según los intereses de la empresa, en muchas ocasiones implicará descartar a otros miembros de la familia.

recibir bienes. [.....] Así, el derecho a la sucesión lo entiende ampliamente como derecho a la tradición, “a ser beneficiario de la labor de todos los antepasados en general”, que considera consecuencia de la racionalidad del hombre. VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I. Instituto nacional de Estudios jurídicos. Madrid, 1974, p. 19.

⁶ NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*. Ed. CIE. Madrid 2004, p. 54, señala que en el conjunto de la evolución generacional de la familia empresaria podemos sacar como conclusión que cada generación tiene sus propios retos y que el propio crecimiento de la empresa familiar obliga a un paralelo desarrollo de la familia empresaria en cuanto a su profesionalización se refiere. Pero hay algo más importante que toda generación debe tener presente: ninguna generación por más preparada que este, puede tener éxito si en la anterior hubo grandes deficiencias de gobierno y no puede, por lo mismo, sentirse exitosa si durante su existencia, por su proceder, la siguiente transición generacional no se puede realizar con las suficientes garantías de éxito tanto en el ámbito familiar como en el empresarial.

Concluye ALONSO ESPINOSA, F. J.: “La empresa familiar como problema” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº283. 2012, p. 51, que la articulación jurídica de la empresa familiar corresponde, sobre todo, al Derecho civil (de familia, de obligaciones y de sucesiones), al Derecho de sociedades y al derecho tributario. Son estos los tres sectores del derecho llamados a suministrar las técnicas e institutos susceptibles de atender los intereses en presencia en el marco de la empresa familiar.

Para conseguir que la transmisión de la empresa a la generación siguiente pueda efectuarse ordenadamente y culminarse con éxito todos los miembros de la familia - además del fundador -deben involucrarse en el proceso de preparación⁷.

Con todo ello se pretende que cualquiera de las vicisitudes a las que está expuesta la empresa familiar, como por ejemplo, una crisis matrimonial o enfermedad del fundador, así como el fallecimiento, no sea desencadenante de la desintegración y muerte de la empresa, anticipando los efectos de la sucesión y permitiendo que la transmisión al sucesor se realice de manera ordenada. La planificación por el empresario constituye un presupuesto básico y necesario para el cambio generacional en la empresa, que debe ser dirigido por él pero siendo cada generación responsable de su propia conservación y transmisión⁸. En todo caso, la planificación de la sucesión incrementa las probabilidades de culminar con éxito el proceso de sucesión⁹.

Ahora bien, si se trata de evitar que un tercero se beneficie de los derechos hereditarios, como parece que es la finalidad que se persigue con ciertas instituciones del Derecho de sucesiones, se debe facilitar la transmisión de la propiedad al sucesor elegido y en esta tipología de empresas siempre subyace la idea de mantener el control del negocio en manos de la familia, de lo que podríamos decir que es el principio inspirador¹⁰.

Por ello, el ordenamiento tendrá que proporcionar los instrumentos que permitan diseñar en vida del empresario la sucesión más adecuada en el negocio familiar y en

⁷ Debe hacerse con la antelación suficiente.

⁸ SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones “parasucesorias”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T.I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2010, p. 10, “la justificación en la conveniencia de anticipar los efectos sucesorios está no solo en su optimización fiscal sino, también, en que cada vez más, se acentúa:

1º La longevidad del causante

2º La distinta composición de los patrimonios

3º La nueva realidad familiar”

Hechos que conllevan sus respectivas consecuencias, tales como la conveniencia de afrontar en vida la sucesión empresarial y armonizar los derechos de los hijos con los del cónyuge viudo y con el régimen económico matrimonial”.

La estructuración de la transmisión de la empresa “mortis causa” debe de estar prevista antes de que se produzca la delación testamentaria. *Vid.* FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar* (Dir. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, p. 228.

⁹ SHARMA, P., CHRISMAN, J. J., CHUA, J. H.: “Succession planning as planned behaviour: Some empirical results” en *Family Business Review*, vol. XVI, nº1. Marzo 2003, p. 3, “succession planning is believed to increase the probability of a successful succession”.

¹⁰ SHARMA, P., *et. al.*, *op. cit.*, p. 4, “we argue that because succession is critical to maintain the family’s direct connection with the business”.

torno a la sucesión *mortis causa* se plantean las reflexiones sobre la adecuación de la normativa sucesoria a las nuevas necesidades sociales¹¹.

En esta línea, el Informe de la ponencia ya referido afirmaba que la empresa familiar sufre los desajustes derivados de que bastantes normas de Derecho sucesorio o de familia no se ajustan lo suficiente a la sucesión de la empresa, y que la causa de ello es, simplemente, que la realidad socioeconómica del país en el momento de la aprobación del Código era muy diferente de la actual.

Si la planificación es importante, se acentúa su necesidad con el nuevo Reglamento Europeo de Sucesiones, la regulación de la sucesión *mortis causa* es muy diferente de un país a otro y la ley aplicable a las herencias será la de residencia habitual del difunto, por lo que puede tener consecuencias relevantes en la distribución del patrimonio hereditario¹².

Con todas estas premisas, la tesis se ha estructurado en tres partes. La primera, contiene las consideraciones generales en cuanto a la empresa como organización familiar y empresarial. La segunda presenta el estudio y análisis de los distintos instrumentos jurídicos que nos ofrece el ordenamiento jurídico español -las capitulaciones matrimoniales y el testamento-, y aquellos otros que en aplicación de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual surgen para acoger las pretensiones

¹¹ Determinan, como señala, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Sucesión "Mortis Causa" de la Familia Recompuesta (De la reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)* Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 17-20, la toma de postura sobre tres cuestiones básicas del Derecho hereditario. La primera cuestión se refiere a la extensión que debe otorgarse a la libertad dispositiva "mortis causa", que opone el interés individual a las limitaciones trazadas para la protección de la familia o la colectividad representada por el Estado. La solución actual difiere en España dependiendo del régimen sucesorio que rija. Éste es un tema central del Derecho sucesorio, presente desde la codificación, y que replantea la vigencia o supresión de las legítimas materiales en atención a las transformaciones sociales, demográficas y económicas vividas en nuestra sociedad. Sobre el mismo existe un apasionante debate, coincidiendo la doctrina y los operadores jurídicos que ha de otorgarse un mayor peso a la autonomía de la voluntad en una futura reforma del Código Civil.

El segundo tema incide en la decisión sobre el círculo de los llamados por ley para suceder al causante en la titularidad de su patrimonio. Cuestión que plantea la indagación sobre el modelo de familia que se pretende tutelar y el grado de relación que se estima necesario para el llamamiento intestado o legal.

La tercera cuestión que plantea la regulación sucesoria "mortis causa" afecta a la manera en la que la institución hereditaria ha de satisfacer su función social los intereses generales de solidaridad.

¹² Al respecto, VIGIL, A.: "Cómo afecta el nuevo reglamento europeo de sucesiones a la empresa familiar" en *Diario La Ley*. Nº 8640, noviembre 2015, la nueva regulación puede tener también importantes consecuencias para las empresas familiares, ya que, en función de la ley que se aplique a la sucesión de un miembro de la familia, puede incluso variar el reparto del accionariado y afectar a la titularidad de los bienes de la compañía, ya que la porción de la herencia que corresponde a los hijos o al cónyuge no es igual en un país que en otro. Como pone de ejemplo en el caso de un empresario alemán con residencia en España, variará si otorga testamento según el Código civil alemán o el Código civil español, siendo las diferencias sustanciales en cuanto a la mayor libertad de testar de la legislación alemana.

del titular de la empresa familiar- principalmente los protocolos familiares-. La tercera parte está dirigida a contemplar otras alternativas que permitan al empresario ordenar su sucesión mediante instrumentos que proporcionan mayor libertad y flexibilidad -los pactos sucesorios-.

Por lo expuesto, se hace necesaria una modernización del Derecho de sucesiones en base a la transformación que ha experimentado la sociedad y la finalidad de las leyes que se promulgan, o la reforma de las ya existentes debe ser la adaptación y la adecuación a esa realidad social y en lo que concierne al ámbito de la empresa familiar deben armonizarse las normas del Derecho de familia, contratos y sucesiones, siendo este último el que puede proporcionar estabilidad a la empresa en el momento del cambio de titularidad por causa de muerte.

La solución está en flexibilizar el sistema para adaptarlo a las necesidades familiares y empresariales. Las propuestas de reforma tanto en el derecho de familia como en el de sucesiones se dirigen a aumentar la libertad personal. Será el ordenamiento el que tendrá que canalizar esta voluntad de las partes y conciliarlo con los límites legales¹³.

Ha de observarse por otra parte, que el Derecho de familia no permite adoptar soluciones cerradas por el cambio social que experimenta, se deben fijar unos mínimos que amparen unos derechos a sus titulares dignos de protección y el resto dejar margen a la flexibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades concretas y fomentar la libertad de pacto para que las partes puedan ordenar sus relaciones, como pueden ser las consecuencias de su ruptura matrimonial. Con ello, el empresario buscará la solución más adecuada para ordenar sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias en atención a su voluntad.

Considérese que existen instrumentos en otros ordenamientos y dentro de nuestro territorio, en los Derechos forales, que facilitan y contribuyen a la continuidad de la empresa familiar, es el caso de los pactos sucesorios que se admiten con amplísimos límites y que permiten solucionar problemas no solo sucesorios sino de

¹³ En opinión de PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” en *Diario La Ley* nº 7675, 2011, el debate debe centrarse en la idea que el respeto al principio de igualdad y a la libertad aconseja establecer para las situaciones no formalizadas un régimen dispositivo, lo que dotaría de previsibilidad a los conflictos planteados pero respetaría al mismo tiempo la voluntad de las partes.

protección de ciertas personas más vulnerables. Si como hemos señalado el proceso sucesorio es uno de los grandes retos a los que se enfrentan estas empresas, todo instrumento que facilite este traspaso generacional será de gran utilidad.

CAPÍTULO PRIMERO: EMPRESA FAMILIAR: ORGANIZACIÓN FAMILIAR Y EMPRESARIAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Relevancia de su estudio

En los últimos años la empresa familiar se ha convertido en una de las materias de estudio de mayor crecimiento, como se constata en los diversos estudios que se han desarrollado por la sociología, la psicología, las ciencias económicas y el derecho, y en este último en diversos sectores, civil, mercantil, laboral, fiscal y comunitario; por lo que nos encontramos ante un fenómeno de carácter interdisciplinar y transversal¹⁴.

El interés por el estudio y la investigación de estas empresas se debe a que son una importante fuente de riqueza para el desarrollo y crecimiento económico de un país y base fundamental del tejido empresarial; tanto es así, que muchas de las grandes empresas de varios países son empresas familiares.

Según datos del Instituto de Empresa Familiar (IEF), en España conforman el 85% de las empresas existentes, lo que supone el 70% del PIB y del empleo privado. En Estados Unidos las cifras son similares, 80% del total de empresas, generan el 50% del empleo y en la Unión Europea representan un 60% de la totalidad de empresas. Estos datos constatan que las empresas familiares son el tipo de organización empresarial que más predomina en el mundo y el motor económico de la mayoría de los países¹⁵.

Admitido que constituyen un relevante tejido productivo y que alimentan la empleabilidad en la mayor parte de países con economía de mercado, su continuación y conservación se convierte en una preocupación social por la incidencia negativa que conlleva su alta tasa de mortalidad¹⁶.

¹⁴ No es hasta muy avanzado el s. XIX cuando se comienza a hablar de empresas familiares desde un punto de vista académico.

¹⁵ Si bien, como muestran los resultados obtenidos por la investigación realizada por la Cátedra de Empresa Familiar del IESE *Business School*, recogidos en el libro *Empresa familiar. ni tan pequeña, ni tan joven*, gran parte de las empresas en España son pequeñas y medianas Empresas, y la mayoría de estas son familiares, lo que no significa que las empresas familiares sean sólo PYMES.

¹⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M.: "La familia empresaria ante el Derecho", en: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 67. En palabras de este autor "la sucesión familiar se convierte en cuestión de interés público, de interés general".

Respecto al efecto negativo que podría tener la falta de planificación de la sucesión en la economía, vid. SHARMA, P., *et. al.*, *op. cit.*, p. 1. *Failure in succession due to a lack of planning could negatively affect the larger economy*.

Dicho lo cual, el principal problema al que se enfrenta la empresa familiar, además de los propios de cualquier organización empresarial, es la complicada ordenación de la sucesión en el seno de la empresa. Esta sucesión entendida en el sentido más amplio posible, transmisión de una generación de familia a otra¹⁷.

Así, se manifiesta en el reparto de la distribución generacional en España, donde a medida que aumentan las generaciones y crece el tamaño de las empresas, disminuye el porcentaje de las mismas, y nos encontramos un 46% en la primera generación, un 44% en la segunda generación, un 7% en la tercera y un 3% en la cuarta o más¹⁸.

2. Aproximación al concepto de empresa familiar

2.1. Ausencia de concepto legal

Si conceptuar a la familia puede resultar complejo por la diversidad que conlleva el término y la concepción de la misma en la actualidad, más complicado resulta respecto del concepto de empresa familiar. No existe un concepto ni configuración legal de empresa familiar en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, que si lo contempla; a pesar de que la realidad económica y social ha puesto de relieve las características singulares de las empresas familiares y la necesidad de tener una regulación propia para ellas¹⁹.

La regulación legal que existe sobre la materia se centra casi exclusivamente en aspectos fiscales. De esta realidad ya se hizo eco la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar de 2001, en cuyo informe señalaba que: *Es opinión general de la doctrina, que resulta muy difícil definir lo que es una empresa familiar. Incluso algunos autores han señalado que estamos en presencia de «un fantasma del Derecho». Cuando se ha definido en norma de rango legal lo que es una empresa familiar, se ha hecho parcialmente al objeto de determinar la extensión y alcance de los beneficios fiscales concedidos a los titulares de la misma.*

¹⁷ Son populares las frases acuñadas en la literatura: “De padres millonarios, hijos caballeros y nietos limosneros” o el tópico “El abuelo creó la empresa, el padre la mantuvo y el hijo la malvendió” o “El emprendedor crea la empresa, la segunda generación la mantiene y la tercera la hace desaparecer como empresa familiar” (llamado Síndrome de Buddenbrook).

¹⁸ Datos extraídos del IEF. <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>

¹⁹ “La familia es una construcción social, que se debe analizar con los rasgos concretos que ha tenido en cada momento; no hay pues familia, sino familias que históricamente se han ido formando”. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4925.

Aún así, se anticipa ya que sobre lo que existe un consenso generalizado es acerca de las características, poniéndose de relieve entre otras:

- Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.
- Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa.
- Que la familia participe en la gestión y/o de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.
- Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia²⁰.

2.2. Concepto de creación doctrinal

Como se ha indicado en el epígrafe anterior, no existe una configuración legal de empresa familiar en nuestro ordenamiento, por lo que es conveniente acudir a la conceptualización que nos proporcionan los autores, si bien, entre la propia doctrina no existe consenso respecto a su formulación; algunos autores basan su definición en el porcentaje de distribución de la propiedad, hay quienes ponen el énfasis en las generaciones de la familia que intervienen en la empresa, otros, en el ejercicio del control y gestión, y no faltan quienes hacen hincapié en la intención de continuidad en la propiedad y forma de gobierno que se tenga. En definitiva, la elaboración del concepto no está exenta de complejidad y así, se ha constatado en los diferentes estudios sobre la materia.

La hipotética dificultad que entraña definir la empresa familiar se debe a que los dos términos que componen la expresión, empresa y familia, son en sí indeterminados.

²⁰ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 25, señala que de lo que se ha tratado con los distintos estudios y normativas, principalmente la fiscal, que contemplan la empresa familiar, ha sido más singularizar la empresa familiar en relación a la empresa, en términos generales, que de definirla. Al efecto, considera este autor que los elementos definidores de la empresa familiar son la propiedad de la empresa, que debe pertenecer, en todo o en parte, a una misma unidad familiar; la participación de la familia en el gobierno de la empresa y la vocación de continuidad de la empresa familiar. Explicita que sea el gobierno ejercido por la familia, pudiendo esta no ejercer la gestión y no por ello, pierde la empresa el carácter de familiar.

Estos constituyen el substrato común indisoluble (o inseparable) que marcan los aspectos básicos de su formación y entidad²¹.

De ahí que la aproximación conceptual a la empresa familiar precisa de un análisis desde varias perspectivas -por lo que no es extraño acudir a la “teoría de los tres círculos”-, para facilitar así su entendimiento. Nos serviremos de conceptos más o menos jurídicos que se incorporan al comienzo de este trabajo y que reflejan la multidisciplinariedad de la materia, y como no, de su creciente arraigo social. Analizada su importancia económico y social, nos adentraremos en el análisis jurídico y en los instrumentos que ofrece el ordenamiento jurídico, y otros posibles por no contrarios a Derecho, para dar respuesta a la continuidad de la empresa.

Basándose en la coincidencia de valores importantes de una empresa y de una familia, GALLO²² considera que una empresa es familiar “cuando existe un importante nexo de unión entre una empresa y una familia, el nexo de que parte la cultura de ambas, formada por los supuestos básicos de actuación y por los valores, es permanente

²¹ Así lo refiere CERDÁ ALBERO, F.: “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*. AA.VV. Ed. Aranzadi. Navarra, 2004, p. 74.

El factor caracterizador es la familia que la dirige o gobierna. En este sentido, RUS RUFINO, S., TREVINO-RODRIGUEZ, R. N.: “Redefiniendo la empresa familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, p. 45 y 63, explican la empresa familiar como una organización humana secundaria, la empresa, que está soportada por una organización humana primaria, la familia, la cual le otorga una identidad propia y específica. Respecto a la definición de empresa familiar opinan estos autores que, además del control en la toma de decisiones, la vocación de continuidad y el gobierno y la gestión familiar, hay que incluir otros roles relativos a su dinámica social, son: “1. Ser una red social, 2. Que aparece como un instrumento adecuado para preservar la riqueza y 3. Para promover la identidad individual y colectiva (familiar), 4. Que como organismo social vivo evoluciona en el tiempo y en el espacio, con capacidad de adaptación y de asumir la complejidad y 5. Que en su proceso evolutivo promueve la responsabilidad social y el bienestar de todos en una comunidad”.

También vid. GAGLIARDO, M.: *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999, p. 15, se refiere a la sociedad de familia y afirma que en esta “el círculo asociativo es real y prevalece, en todo caso, el factor personal, resultando usuales las entidades constituidas entre ascendientes y descendientes, en principio, en aras de la protección y prosperidad patrimonial del núcleo familiar.

²² Vid. GALLO, M. A.: “La empresa familiar: Fortalezas y trampas”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, p. 49- 50. Este autor considera que cuando se dan las siguientes tres dimensiones es muy probable que se dé el nexo cultural mencionado, y afirmar que es empresa familiar:

- 1.- La dimensión de la propiedad: en el sentido que una parte suficiente de la misma, con frecuencia la mayoría, pertenezca a una familia que puede así ostentar el poder para controlar la empresa.
- 2.- La dimensión del poder: en el sentido que alguno o varios de los propietarios dedican la totalidad o una parte importante de su tiempo a trabajar en la empresa, habitualmente como directivos o como miembros del Consejo de Administración.
- 3.- La dimensión generacional: cuando al menos este incorporada la segunda generación como manifestación práctica de la clara intencionalidad de una transmisión exitosa de la empresa hacia las generaciones siguientes. También, al respecto, GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*. Ed. Profit. Barcelona, 2011, p. 23.

y voluntariamente compartida. Si bien, esta definición no se ajusta a la aplicación práctica puesto que sería necesario conocer como es la cultura de una empresa y la de una familia relacionada con ella”. Según su opinión, es empresa familiar aquella que cumple con las siguientes condiciones:

- El control de los derechos políticos está en poder de una o muy pocas familias que tienen la intención de transmitirlos a las siguientes generaciones.
- Y además, algunos miembros de la familia desempeñan responsabilidades de gobierno y de dirección, y se promueve la continuidad de miembros de la familia en el desempeño de estas responsabilidades.

Por su parte, GARRIDO DE PALMA²³ destaca como rasgos identificativos de la empresa familiar los siguientes:

1. La propiedad de la empresa se encuentra en manos familiares, en medida suficiente para atribuirles capacidad de decisión en los asuntos más relevantes.
2. Existe una unidad de decisión y dirección, mediante la participación efectiva de los miembros de la familia en la gestión de la empresa familiar.
3. Actúa con vocación de continuidad, ya sea porque se ha previsto la sucesión familiar en la empresa o, al menos, porque existe *un nexo de unión del presente con el futuro por la vía de la dirección y gestión familiar en la empresa*.
4. Y al menos uno de los miembros del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión empresarial.

Estos rasgos coinciden, básicamente, con los que ha recogido la doctrina especializada en el estudio de la empresa familiar.

Y a lo que hemos de añadir, que es necesario que la familia tenga la facultad de designar los órganos de gobierno, capacidad que ostentará con el porcentaje de propiedad preciso para controlar la empresa²⁴.

²³ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho”, *op. cit.*, p. 65.

²⁴ CORONA, J.: “Protección jurídica de la empresa familiar”, en *Retos del siglo XXI para la familia*. AA.VV. (Coord. BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M., LLOPIS GINER, J. M.) Ed. Práctica de Derecho. Valencia 2008, p. 143, una definición genérica de empresa familiar sería aquella en la que un grupo familiar está en condiciones de designar al máximo ejecutivo de la compañía, de fijar la estrategia empresarial de la misma, y todo ello, con el objetivo de continuidad generacional, basado en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad y la gestión en la familia. En otras palabras, lo ha denominado resultado de un empeño emprendedor que se materializa en forma de empresa, y se definirá como empresa familiar, si éste es el deseo, la voluntad y la determinación de la persona o personas que han iniciado y consolidado este esfuerzo, con el apoyo y el sentido de pertenencia a una familia. También *vid.* CORONA, J.: *Manual de la empresa familiar*. Ed. Deusto, Barcelona, 2005, p. 21.

Según FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES²⁵, en la práctica, el carácter familiar de una empresa se manifiesta:

- a) En la titularidad del capital social: la totalidad o la mayoría de las acciones pertenecen a la familia, que controla la actividad empresarial.
- b) En la organización del poder: alguno o varios miembros de la familia dedican todo su tiempo, o una parte importante del mismo, a trabajar en la empresa familiar.
- c) En la voluntad de continuidad: incorporación a la empresa familiar de miembros de la generación siguiente a la del fundador, como evidencia de la intención de transmitir la empresa a las generaciones venideras, y prolongar en el tiempo dicha vinculación entre empresa y familia.

La propia naturaleza de la empresa familiar requiere que la familia esté implicada en la empresa, es la propiedad la que le otorga la capacidad de disposición. Con el transcurso del tiempo y a medida que las generaciones avanzan, la familia empresaria irá abandonando la gestión e incluso, podría llegar a retirarse del propio gobierno. Este fenómeno es lo que podemos conocer como pérdida de poder a cambio de ganar en reconocimiento, si bien, hay que mantener el control y la participación en las decisiones relevantes para poder seguir al frente de la empresa²⁶.

Por otro lado, el organismo *European Group of Owner Managed and Family Enterprises* (GEEF), Asociación europea formada por asociaciones de empresas familiares de varios países, ha propuesto una definición de empresa familiar, y así, una empresa adquiere la condición de familiar si reúne los siguientes requisitos:

Por su parte, FUENTES RAMIREZ, J.: *De padres a hijos. El proceso de sucesión en la empresa familiar*. Ed. Pirámide. Madrid, 2007, p. 54, elabora una definición personal de empresa familiar: Aquella empresa (en el sentido general) en la que al menos dos miembros de la misma familia tienen el control legal sobre la propiedad en grado suficiente como para controlar la empresa y participan de forma efectiva en la administración y dirección de la misma con objetivos y fines claramente empresariales.

²⁵ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo y su publicidad registral” en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 23, 2009, p. 290.

²⁶ Para que una empresa se considere empresa familiar tiene que existir cierto proyecto empresarial compartido, que la familia esté involucrada en el proyecto empresarial, de lo contrario se trata de una familia que invierte en una empresa. *Vid.* PROSPER MÁNGLANO, F.: “El gobierno de la empresa familiar”, en *Maestros en empresa familiar*. AA.VV. (Coord. ARAGÓN, C.) Ed. Deusto. Bilbao, 2004, p. 22.

Señalan BAULENAS RUVIRETA, G., GIMENO SANDIG, A.: “Las relaciones familiares en la familia empresaria”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. VI AA.VV. (GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 482 que “una empresa nace fruto de la energía y visión de un emprendedor o grupo de emprendedores. En la fase inicial de la empresa la familia juega un papel fundamental. La creación de una empresa es un riesgo que no solo asume el fundador sino también su familia. Ésta con frecuencia colabora (avales, trabajo, facilitación de red de apoyo, etc.) Existe un soporte importante por parte de la familia en la creación de una empresa.”

1. La mayoría de las acciones con derecho a voto están en posesión de la persona física que fundó la compañía, en posesión de la persona o personas físicas que han adquirido la empresa, o en manos de sus cónyuges, padres, hijos o descendientes de éstos.
2. La posesión de la mayoría de las acciones con derecho a voto puede ser por vía directa o indirecta.
3. Al menos un representante de la familia está involucrado en el gobierno y la administración de la compañía.
4. Las empresas cotizadas se consideran familiares si la persona que funda o adquiere la compañía o sus familias o descendientes poseen al menos el 25% del derecho a voto conferido por su porcentaje de capital social.

Pues bien, en la actualidad, suele admitirse una definición, que se corresponde con la expuesta por la GEEF, aprobada por las dos principales instituciones internacionales representantes de la empresa familiar, el Grupo Europeo de Empresas Familiares y la *Family Business Network*, aceptada también en España por el Instituto de Empresa Familiar²⁷.

Sin embargo, en otros ordenamientos europeos, como el italiano, ya referido, el concepto de empresa familiar difiere del nuestro, en cuanto se requiere un relevo generacional para poder calificar de familiar a una empresa, así la primera generación formada por el fundador no es considerada como empresa porque entienden que hasta que no exista un traspaso a la generación siguiente, no se cumple con el requisito de la continuidad y por tanto, no adquiere dimensión familiar. Sin embargo, en nuestro sistema normativo se conceptúa de empresa familiar desde la primera generación de empresa, tal como consta en los datos de distribución generacional de las empresas que recoge el IEF y que reflejamos en el apartado 1 de este capítulo. Los trabajos más recientes sobre la delimitación del concepto de empresa familiar se alejan de diferenciar la categoría de empresas familiares y no familiares y aluden a un continuo compromiso familiar sobre la empresa.

²⁷ CASILLAS, J. C. *et al.*: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*. Ed. Paraninfo, 2º ed. Madrid, 2014, p. 11.

Con lo que antecede, y a modo de recapitulación de las distintas definiciones referidas, podemos extraer como rasgos identificativos de la empresa familiar los siguientes:

1. Existencia de vínculos familiares entre las personas que ostentan el poder de control sobre la empresa, que se lleva a cabo mediante la participación en la propiedad y gestión (si bien esta última se irá delegando y profesionalizándose con el tiempo).
2. La vocación de continuidad en el tiempo y la conservación de la empresa de su carácter familiar en las generaciones futuras.

En definitiva, debe existir un grado de control de la propiedad y de los órganos de administración suficiente para que la toma de decisiones en el seno de la sociedad dependa de la voluntad del grupo familiar sin necesidad de sumar apoyos de terceros ajenos a dicho grupo²⁸.

3. Interrelación entre familia y empresa

La empresa familiar es el resultado de la unión de dos sistemas interrelacionados y conectados, el negocio y la familia, ambos constituyen las principales preocupaciones de la mayoría de los seres humanos y a las que dedican gran parte de su tiempo. El carácter familiar en estas empresas es determinante en su conformación, deben ser entendidas como sociedades en las que los socios son familia, tienen participación activa en la empresa, y como resultado, una organización con encrucijada de intereses familiares y empresariales.

Por la interrelación que surge entre familia y empresa, esta va a estar afectada por las relaciones entre los miembros de la familia, de tal manera que si las relaciones no son buenas, la familia no va a ser una familia comprometida con los principios de la empresa y casi seguro no llegará a ser una empresa exitosa. La evolución de estos dos grupos es paralela y de la relación que exista entre ellos, dependerá la sostenibilidad de ambos. Son ejemplos de plena actualidad entre otros el Grupo Eulen y Freixenet²⁹.

²⁸ BAREA MARTÍNEZ, M. T.: "El protocolo familiar: Configuración, límites y utilidad" en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. T. XXIV, p. 111.

²⁹ Tanta es la afectación, que a veces las alianzas y rivalidades que se establecen de pequeños en los juegos infantiles perduran cuando son mayores y trabajan en la empresa. Por esta conexión, no resulta fácil armonizar las relaciones familiares en relación con las decisiones respecto a la empresa, y en ocasiones tiene consecuencias negativas sobre los dos ámbitos. Cuando las relaciones entre familia y empresa no están organizadas surgen las dificultades porque son realidades que se rigen por parámetros distintos: Familia-sentimientos y empresa-razón. *Vid.* ELIAS, B.: "Empresas con asuntos familiares" en *Expansión* 12/09/2011.

El vínculo familiar y la familia como institución, se proyectan sobre el patrimonio empresarial y la protección que se otorgue a este último está relacionada con la protección que se dispense a aquella y por la relación que existe entre ellos, la empresa familiar está afectada durante toda su vida por las variaciones que experimente la familia/s, que son su estructura humana³⁰.

3.1. Ámbito de la familia

La familia es la primera organización social humana que se conoce, de igual modo que la empresa familiar es la forma más antigua de organización empresarial³¹. Si nos detenemos en su evolución, comprobamos que históricamente la familia ha constituido la unidad básica de producción con una importante función social y configura el ámbito en el que todo ser humano aprende y desarrolla las habilidades que

“En la empresa con capital personal o familiar no basta con realizar una gestión acertada de la explotación: es preciso también administrar la interacción empresa-familia”. *Vid.* GELINER, O., GAULTIER, A.: *El futuro de las empresas personales y familiares*. (Trad. VADILLO, L.) Ed. Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid, 1976, p. 5.

Tal como señala ALONSO ESPINOSA, F. J., *op. cit.*, p. 44, “es la empresa y no la familia el centro y presupuesto de interés de los propietarios-familia ante la ordenación de sus relaciones como tales o, al menos, se ha de admitir que se trata de intereses interconectados porque responden a un contenido bicéfalo pero indivisible: a) porque, por una parte, la ordenación jurídica de las relaciones entre los propietarios de la empresa familiar pretende preservar la empresa de probables perturbaciones, vicisitudes y cambios provenientes de las relaciones familiares que vinculan a sus propietarios, cuando estas sean susceptibles de amenazar a aquella, b) por otra parte, se pretende que la configuración familiar de la propiedad o el control de la empresa continúe a través de sucesivas generaciones familiares”. Resalta este autor que las situaciones de conflicto pueden ser más dañinas para la empresa que en situaciones no familiares dado el componente emocional que tercia en tales situaciones, p. 72.

³⁰ VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F.: “Liquidación de la sociedad de gananciales; supuestos especiales y referencia a la empresa familiar”, en *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*. AA.VV. Ed. Dykinson. Madrid, 2010, p. 246.

³¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Otras miradas sobre la familia...”, *op. cit.*, p. 4915, en términos de esta autora la familia es una realidad prejurídica que ha constituido la organización social básica por excelencia en la historia de la humanidad, de tal manera que se puede afirmar que ha estado presente en todas las sociedades; y así se la ve como el mejor medio de su reproducción, no solo en términos demográficos, sino también políticos, económicos y culturales. En la reflexión sobre este ente, “la familia, como cualquier otra forma de organización social, está íntimamente ligada en su constitución, composición, estructura, dimensión o funcionamiento a los mismos elementos que conforman las relaciones personales y colectivas y que identifican a cada sociedad; nos estamos refiriendo a condiciones de muy variada índole, que pueden ser de carácter económico, cultural, político, o demográfico; de tal manera que se puede afirmar que existe una intensa relación entre los factores señalados y la organización familiar, siendo así que no se pueden explicar los unos y la otra sin tenerlos en cuenta mutuamente, pues en definitiva al mismo tiempo que estas condiciones o factores a los que hemos hecho referencia pueden influir en los comportamientos familiares, hasta el punto de propiciar modelos de familia, estos también participan en la conformación de aquellos, en una dialéctica de relación mutua o, podríamos decir, a través de caminos de ida y vuelta”. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 30.

Desde el punto de vista económico, la familia es un factor importante porque funciona como un agente de bienestar social al suplir carencias que se producen en campos básicos. *Vid.* ROCA TRÍAS, en ROCA TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2010, p. 16.

pautaran su futuro, en definitiva, lo que somos cada uno de nosotros, lo que conforma una de las bases para el adecuado desarrollo de la personalidad. Además, es un ente afectado por las condiciones y factores que la rodean, y que tienen reflejo en la propia sociedad, y en el caso de la familia empresaria crea una cultura familiar propia³². Así, los cambios que se producen en el Derecho de familia tienen su base en los cambios sociales que se producen en un determinado período.

El concepto de familia ha ido evolucionando al surgir nuevos modelos, como son las familias no reproductivas, monoparentales, homosexuales, separadas y reconstituidas, realidades sociales muy diferentes a la familia tradicional aunque son recogidas y amparadas por el derecho. Estos modelos tienen repercusión en la empresa familiar por la situación patrimonial compleja que se produce cuando coexisten distintos patrimonios y miembros de diferente procedencia³³.

³² El hombre como ser social inicia su desarrollo en la familia. Al efecto, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “El Derecho de familia”, en *Derecho de familia*. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, p. 121, quien explica que sobre el derecho de familia se proyecta como en ninguna otra rama del derecho el conjunto de valores que rigen una determinada sociedad, que no son más que la representación simbólica del tipo de convivencia que se quiere. Desde una perspectiva jurídica los valores dominantes han de ser aquellos que recoge la Constitución y que se reflejan en los principios y los derechos que consagra, que en su interpretación y aplicación han de adaptarse a la evolución de las convicciones sociales y responder a las nuevas realidades que surgen en la sociedad. Al efecto, IGLESIAS DE USSEL, J., MARÍ-KLOSE, P., *op. cit.*, p. 1001, “la familia es un crisol donde confluyen pero también se forjan los grandes impulsos sociales que transforman la estructura social”.

Por su parte, PUIG FERRIOL, L.: “Constitución y protección de la familia” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº40, 2002. Universidad de Valencia, p. 180, “el concepto de familia ha experimentado modificaciones muy significativas en el decurso de los siglos (...) El modelo de organización familiar romano se reprodujo en los siglos subsiguientes con las inevitables adaptaciones a los sucesivos cambios sociales. Sin duda ha influido en el tipo de organización familiar denominado “familia extensa” o “patriarcal”, muy difundida en los tiempos en los que predominaban los intereses agrarios sobre cualesquiera otros y que propiciaban la creación de la denominada empresa agraria familiar, formada por una pluralidad de personas que convivían en la misma morada y aportaban sus esfuerzos y sus ingresos a la comunidad familiar en la que se integraban. Este tipo de organización familiar de una manera u otra perdura hasta la época de la codificación”.

Y es que debe tenerse en cuenta que la “familia es una construcción social, por lo que se debe analizar con los rasgos concretos que ha tenido en cada momento; no hay pues familia, sino familias que históricamente se han ido formando”. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 44.

³³ “E incluso la evolución del concepto de familia traspasa la frontera del Derecho de familia e influye en otras ramas del derecho, como es el caso del Derecho de Sucesiones, por ejemplo al reconocerse derechos sucesorios a los hijos no matrimoniales o a las parejas no casadas.” DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*. Ed. Marcial Pons, 2ª ed. Madrid, 2016, p. 15.

En el mismo sentido MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*. Ed. Agencia Estatal Boletín Estatal del Estado. Madrid, 2016, p. 32, “la Historia enseña que el Derecho de Sucesiones está íntimamente ligado a los arquetipos familiares de las sociedades en las que se aplica”.

En efecto, reflejo del cambio experimentado en la familia es el mayor reforzamiento y reconocimiento que se experimenta en las relaciones de convivencia. La STS de la Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013 (rec. 134/2012. Ponente: SEIJAS QUINTANA Nº de Sentencia 740/2013. Roj 5765/2013) en el

Las relaciones familiares son complejas y al unirse el factor empresarial se agudizan porque la economía familiar, en estos casos, depende de la actividad empresarial, además, de la influencia que ejercen los cambios sociológicos en las formas familiares, en la riqueza y en el modo de obtención de bienes³⁴. Los ejemplos citados de las empresas familiares, como Grupo Eulen y Freixenet, son una muestra de la complejidad que se presentan en la gestión, que principalmente es el tránsito de una generación de familiares vinculados en la empresa a otra generación (jubilación, separación voluntaria).

Según la familia crece y se incorporan las familias de los hermanos en la segunda generación, y las de los primos en tercera generación, la estructura se va complicando, se pasa de la familia nuclear, modelo tradicional compuesto por matrimonio e hijos, a la familia extensa; y a medida que aumenta el número de miembros y de ramas familiares resulta más difícil lograr y mantener la unidad³⁵.

Para GARRIDO DE PALMA³⁶, la clave para el adecuado tratamiento de la empresa consiste en “saber tratar a la familia en su proyección empresarial y a la empresa como familiar y a sus componentes no como meros inversores, sino comprometidos en interés de la familia empresaria”.

Los resultados de la investigación realizada por la Cátedra de Empresa Familiar del IESE *Business School* concluyen que en una empresa familiar, los valores familiares son los que sustentan la empresa familiar y sobre estos valores se asienta la visión de la familia empresaria y sobre ella la visión de la empresa familiar. Por ello, puede

Fundamento de Derecho Tercero declara que “el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

³⁴ Vid. ROCA TRÍAS, en ROCA TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, op. cit., p. 99.

³⁵ Se califica la primera generación de la familia propietaria de una empresa familiar como familia nuclear, la segunda generación como familia ampliada y la tercera como familia extendida. Y la situación habitual en la gran mayoría de las familias empresarias es la de convivir varias generaciones. GALLO, M. A., GÓMEZ BETANCOURT, G.: *Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia*. Ed. EUNSA. Navarra, 2015, p. 48.

³⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, en *Tratado de derecho de la familia*. V. III. AA.VV. (Dir. CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA, M). Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, p. 959.

afirmarse, sin lugar a equivocarse, que la unión de los miembros de la familia por un proyecto común es el mejor activo con el que puede contar la empresa.

3.2. Ámbito de la empresa

En cuanto a organización empresarial no es una realidad homogénea aunque presenta en ciertos aspectos rasgos comunes con algunas estructuras empresariales, en otros es muy dispar, lo que justifica una clasificación y tratamiento diferenciado y en algunos ámbitos como el de la sucesión, si no se la dota de una regulación propia, al menos, se deberían admitir ciertas excepciones al régimen general, donde están presentes el ánimo de lucro y los principios de la eficiencia y la productividad³⁷.

El legislador nacional empieza a dar muestras de reconocer la realidad de las empresas familiares, tanto por el potencial económico que desarrollan, como por las

³⁷ Estas diferencias se manifiestan en las propias etapas por las que pasa la empresa: Fundador, miembros de la segunda generación e incorporación de la tercera generación. *Vid.* GALLO, M. A.: "Etapas en el desarrollo de la empresa familiar", en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, Madrid, 1995. De todas estas cuestiones, y sobre todo de la finalidad de facilitar la transmisión generacional, es también consciente nuestro Tribunal Supremo quien se refiere al régimen sucesorio, así la STS, sala de lo Contencioso, de 26 de mayo de 2016 (rec. 4098/2014. Ponente: MARTÍNEZ MICO. N° de Sentencia 1204/2016. Roj 2380/2016) en el Fundamento de Derecho Tercero lo recoge: *Como la STS de 23/9/10 (recurso 6794/2005) recuerda, "resulta evidente que con el beneficio fiscal en cuestión, (...) el legislador quiso favorecer exclusivamente a patrimonios empresariales que reunieran ciertos requisitos a través de los que se exteriorizaba su carácter "familiar", con independencia de que se tratara de una empresa individual o de participaciones en entidades". "Como señalamos en la Sentencia de 18 de marzo de 2009 (rec. cas. núm. 6739/2004), en relación con el (. . .) art. 20.2 c) de la Ley 29/1987, la "reducción prevista en este precepto es consecuencia de la preocupación por la continuidad de las empresas familiares, también demostrada por la Unión Europea, pues la recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 2004 sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas pone de manifiesto la necesidad de que los Estados adopten una serie de medidas tendentes a tener en cuenta la disminución del valor que se produce en la empresa por el hecho de la transmisión, y a que se dispense un trato fiscal adecuado en sucesiones y donaciones, cuando la empresa siga en funcionamiento".*

En consecuencia, ante la duda, siempre se ha de estar a la interpretación finalista de la norma, de manera que si lo que se pretende es la concesión de un beneficio a las empresas familiares que facilite en lo posible su transmisión evitando una eventual liquidación para el pago del impuesto de donaciones lo lógico es interpretar la norma de una manera tendente a dicha finalidad. La preocupación por la continuidad de las empresas familiares se manifestó ya, en nuestra legislación, con el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio (BOE de 8 de junio), que quiso favorecer exclusivamente a patrimonios empresariales que reunieran ciertos requisitos a través de los que se exteriorizaba su carácter "familiar", con independencia de que se tratara de una empresa individual o de participaciones en entidades. En la propia Exposición de Motivos de la citada norma, que introdujo el apartado 5 del artículo 20 de la Ley 29/1987, se señala que el objetivo era aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión mortis causa de las empresas familiares (en su forma de empresa individual o de participaciones) y de la vivienda habitual, cuando dicha transmisión se efectuase a favor de ciertas personas allegadas al fallecido [sentencia de 23 de septiembre de 2010 (casación 6794/05, FJ 3º)]

En este sentido, ALONSO ESPINOSA, F. J., *op. cit.*, p. 36, opina que no es necesaria una ordenación legal específica de la empresa familiar, salvo en los aspectos puntuales que puedan ser de interés para los titulares de estas empresas, entre los que se encuentra el interés de la conservación de la empresa como familiar en el orden sucesorio. Todo ello no hace más que confirmar la preocupación por la protección del relevo generacional para la conservación dentro de la familia empresaria y el mantenimiento de su unidad.

peculiares características que la rodean. El Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar en su página 28 señalaba: *Es incontrovertible que la empresa familiar, precisamente por el adjetivo, se ve afectada por instituciones y ramas del ordenamiento jurídico, que no afectan a otro tipo de empresas. En consecuencia, especialistas y comparecientes han ido destacando como diversos aspectos del derecho privado, vienen a condicionar el desarrollo y la sucesión en la empresa familiar, produciéndose desajustes originados por el hecho de que aquellas normas no tenían previsto, total o parcialmente, su aplicación a campos empresariales, que se rigen por otro tipo de normas distintas.*

La adecuación normativa a esta realidad, se está abordando de manera deficitaria y puntual: El propio Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en la exposición de motivos pone de manifiesto la realidad de las empresas familiares: *Una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico.*

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa (en adelante LSLNE) admite que: *Se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al art. 149.1. 8º.*

A nivel comunitario, la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas invitaba a los Estados miembros a adoptar las medidas más adecuadas para completar su marco jurídico, fiscal y administrativo que garantice el éxito de la transmisión de las empresas,

especialmente de las familiares. Se considera a la empresa familiar como una especie peculiar dentro de un género en el que están integrados a partes iguales y casi sin distinción entre ellos dos elementos: una familia y una empresa³⁸.

Ciertamente, las relaciones entre familia y empresa son complejas porque hay una esfera de la vida familiar que no está regulada por normas jurídicas sino que son normas de organización de la familia que condicionan al funcionamiento de la empresa.

En los comienzos, se identifica a la empresa con el fundador-propietario y su personalidad y valores van creando la cultura tanto familiar como empresarial, que se proyectara sobre el resto de los miembros de la familia empresaria. La cultura mencionada está integrada por valores fundamentales que han sido asimilados e interiorizados y facilitan la unión entre los dos grupos que la componen y contribuyen a su continuidad (valores asimismo recogidos en los protocolos familiares.) Se constata como los miembros comparten ideales e intereses, un proyecto familiar y empresarial común.

En el sentido expuesto, y desde una perspectiva práctica es oportuno referirnos a la caracterización que presentan las “familias empresarias”³⁹:

- Tienen como objetivo continuar siendo un corpus familiar más allá de cada generación.
- Tienden a hacer de la cultura familiar primigenia el vínculo identificador y cohesionador entre las distintas culturas familiares que se van agregando en cada nueva rama familiar.
- Persisten en la continuidad de un proyecto socioeconómico común (al margen de otros que pudieran tener individualmente cada miembro familiar).
- Sistematizan y profesionalizan los encuentros y comunicaciones formales.
- Institucionalizan órganos de gobierno cuyos funcionamientos están basados en un código interno previamente consensuado.

³⁸ Vid. CASILLAS J. C, *op. cit.*, p. 48. También GALLO, M. A., GÓMEZ BETANCOURT, G., *op. cit.*, p. 15-16, al tratar de las finalidades de la empresa y de la familia señalan que “la familia y la empresa son dos instituciones que tienen finalidades distintas. Son instituciones que pueden colaborar acertadamente entre sí apoyándose de manera positiva para la consecución de sus fines pero que al mismo tiempo, corren el riesgo de equivocarse en sus relaciones, pasando de colaboración a una intensa desunión. Además, la familia y la empresa son instituciones vivas que cambian con el tiempo, y con un ritmo de vida que en algunos casos resulta parecido y en otros es muy diferente, lo que ocasiona que cambien sus necesidades así como las posibilidades de colaborar entre ellas”.

³⁹ Así lo refiere el estudioso y asesor de empresas familiares en la siguiente monografía: NOGALES LOZANO, F.: *Empresas familiares: La profesionalización de los Consejeros de Familia*. Ed. Unión Editorial. Madrid, 2012, p. 24.

Un primer paso relevante para entender los importantes nexos de unión que existen entre familia y empresa, se comprende partiendo de la denominada Teoría general de los sistemas de Von Bertalanffy que se elaboró en Harvard. El modelo de las empresas familiares se explica a partir de dos sistemas interrelacionados y el modelo de los tres círculos. La teoría plantea la problemática a estudiar respecto de la familia empresaria, se representa mediante los tres círculos: familia, empresa y propiedad, basado en el binomio de familia y empresa. Contempla todos los intereses en juego y la multiplicidad de relaciones que pueden establecerse entre ellos.

El modelo de los tres círculos es el que se ha venido utilizando cuando se trata de explicar teóricamente la empresa familiar porque es el que mejor la representa como un sistema compuesto por tres subsistemas independientes y superpuestos: familia, empresa y propiedad. En 1982 TAGIURI y DAVIS incorporaron el círculo de la propiedad al modelo anterior de los dos círculos.

La vinculación entre estos círculos es la singularidad que presenta la empresa familiar y no se encuentra en ningún otro tipo de organización; argumento suficiente para una justificada regulación independiente del resto de empresas. Cualquier persona que pertenece a la empresa familiar puede situarse en alguno de los siete sectores que se exponen a continuación y que se forman al sobreponerse los círculos de los subsistemas. Atendiendo a la cantidad de conexiones que los miembros del sistema mantienen con el mismo, pueden distinguirse tres grupos⁴⁰:

A) Aquellos con una conexión con el sistema:

1. Los que son sólo familiares
2. Los que son sólo socios/accionistas
3. Los que son sólo empleados/gerentes/directores

B) Aquellos con dos conexiones con el sistema:

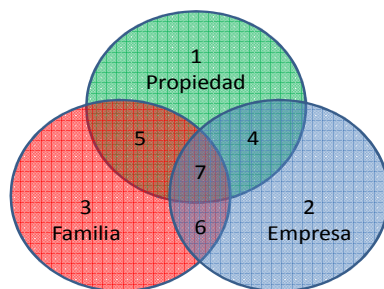
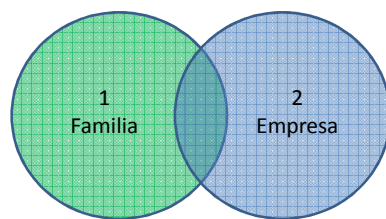
4. Los familiares que además son propietarios
5. Los familiares que además son empleados/gerentes/directores
6. Los propietarios que además son empleados /gerentes/directores

C) Aquellos con tres conexiones con el sistema:

⁴⁰ Vid. FUENTES RAMIREZ, J, *op. cit.* p. 199, transcribimos los gráficos que recoge este autor.

7. Los familiares que son propietarios y además son empleados/gerentes/directores.

Este modelo ayuda a entender cómo se incluirían diferentes personas cercanas a la empresa en función de que sean o no propietarios, trabajadores o familiares. En los gráficos del modelo de los dos círculos y del modelo de los tres círculos puede observarse que los subsistemas son independientes pero sobrepuestos⁴¹.



Fuente: Tagiuri y Davis (1982)

⁴¹ GERSICK, K. E., *et al.*: *Empresas familiares. Generación a generación*. Ed. McGraw Hill. México, 1997.

1. Socios
2. Directivos y empleados
3. Familiares
4. Socios/directivos-empleados
5. Familiares/socios
6. Familiares/directivos-empleados
7. Familiares/socios/directivos

La complejidad surge por la doble relación de alguno de sus miembros, dando lugar a una situación en la que se sobreponen los roles, funciones y responsabilidades de los subsistemas y conforman una base de conflicto. Las relaciones entre estos grupos se hacen más difíciles a medida que la empresa va creciendo y se incorporan nuevos miembros.

En 1997 GERSICK, DAVIS, MC COLLOM y LANSBERG, partiendo del modelo de DAVIS y TAGIURI, añadieron el factor tiempo al modelo de los tres círculos para convertirlo en el “modelo evolutivo tridimensional” de la empresa familiar.

En 1998 LANK comienza a reflexionar sobre un modelo simplificado de empresa, a partir del modelo de los tres círculos, desarrollaron el “Modelo de los tres círculos y la corbata” y añadieron una dimensión más al anterior modelo: la familia, que se representa en una “corbata” o “uno tumbado”, multiplicándose el número de situaciones y funciones que pueden llegar a desempeñar los miembros de la familia en relación con la empresa. Este autor consideraba necesario distinguir dentro del sistema empresa entre aquellas personas con facultades y poderes legales otorgados por los accionistas para el gobierno de la empresa y el resto de las personas que trabajan en ella como directivos o empleados⁴².

De ahí que se deduzca que cada una de las tres esferas (familia, empresa y propiedad) deba tener un foro en el que poder expresarse para tratar de gestionar las relaciones entre ellas⁴³.

⁴² Vid. FUENTES RAMIREZ, J., *op. cit.* p. 202.

⁴³ NOGALES LOZANO. F., *op. cit.* p. 85, opina que tratándose de familias empresarias tenemos que centrarnos en interrelaciones en sí mismas: las relaciones intergeneracionales, las relaciones entre ramas familiares y las relaciones entre familiares consanguíneos y políticos.

3.3. Protección constitucional

A pesar de que nuestra Constitución no recoge un concepto jurídico de familia ni define ningún modelo en particular, ni tan siquiera se ha limitado a un tipo específico de familia, hemos de partir del importante tratamiento que le otorga. En el art. 39.1 CE se contempla la protección jurídica de la familia, y así establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” y es precisamente por esta función de garante de los derechos fundamentales de los individuos que tienen los poderes públicos lo que hace que las normas del Derecho de familia sean imperativas. Lo que no significa que se deba excluir de esta protección otro tipo de unidades familiares formadas sobre bases o con caracteres distintos a aquellos que existen en un momento histórico determinado^{44 45}.

⁴⁴ ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social*. Ed. Civitas. Madrid, 1999, p. 39.

Al efecto *vid.* PUIG FERRIOL, L.: “Constitución y protección de la familia”, *op. cit.*, p. 181, señala este autor que “tras la entrada en vigor de la Constitución del año 1978 la legislación civil española se ha desarrollado en el sentido de suprimir las potestades familiares, lo cual comporta suprimir las desigualdades que permitía la legislación tradicional entre los miembros integrantes de la familia”.

⁴⁵ La primera Constitución democrática española de 1931, ya disponía de un precepto de protección de la familia, en concreto el artículo 43: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado”. De lo que se deduce, según AGUADO RENEDO, C.: “Familia, matrimonio y Constitución Española”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, p. 78, “que hay alguna razón de más entidad que la mera reproducción de contenidos que buscan homologar un nuevo texto constitucional con los de nuestro entorno, para explicar la presencia de la familia en forma de mandatos específicos al poder público para su protección. Y esa razón consiste en un interés objetivo en que la familia sea protegida, dada la relevancia que la misma tiene para la sociedad considerada a los efectos que aquí importan como comunidad política”. Puntualiza así mismo, que como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, caben diferentes tipos de familia, los poderes públicos pueden tratarlas de forma distinta, según sean de origen matrimonial, o no, sin que por ello se vulnere el art. 39.1 CE. Y es que la familia protegida por la Constitución no es exclusivamente la que tiene su origen en el matrimonio. Al respecto, CANTERO NUÑEZ, F. J., LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, p. 395, “se afirma que la unión de hecho es familia y cae de lleno en la órbita del art. 39 CE. Ello, por cuanto que nuestra sociedad es plural y, por lo mismo, no puede desconocer la realidad de la convivencia al margen del matrimonio, que habría de merecer la misma protección que la generada por aquel, pues el art. 39 CE no distingue ni privilegia ninguna clase de familia. El art. 32 CE es independiente del art. 39 CE y, a lo sumo, en su proyección sobre este último, supondría una especie o modalidad de acceder a la protección que dispensa; protección que en todo caso es independiente del matrimonio, de modo que existirá aquella aunque no exista este”.

También, SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho matrimonial*. Ed. Marcial Pons. 3ª ed. Madrid, 2007, p. 31, “la legitimación social no debería ser hoy un motivo de discriminación entre matrimonios y uniones de hecho, siendo discutible la propia distinción. La intervención social debería ser mínima y debería tener como finalidad constatar la creación o constitución de una familia estable. Las demás formas de relación carecen de interés social y los poderes públicos no deberían intervenir ni para limitar el ejercicio de un derecho, ni para condicionarlo a unos requisitos ajenos a la finalidad indicada”.

Por otro lado, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: los poderes públicos están obligados a promover las condiciones que hagan posible tal libertad y a eliminar los obstáculos que la impidan o dificulten también en el contexto de la “planificación”.

Trasladando estos principios al ámbito de la empresa familiar, admitimos que “el hecho económico de la empresa familiar comporta singulares obligaciones para los poderes públicos, derivado de la combinación de garantizar y proteger la libertad de empresa y la familia y justifica la existencia de una regulación específica de la empresa familiar”⁴⁶. Además, la conexión que existe entre propiedad y familia tiene su adecuación en el texto constitucional, ambos derechos son garantizados en el art. 33 y 39 respectivamente. Y es que hasta en la sucesión *mortis causa* subyace el interés superior de la familia, en cuanto que el derecho a la herencia que reconoce el art. 33.1 CE solo se explica en función de la familia cuya protección asegura el art. 39 CE⁴⁷.

Así ha entendido esta realidad el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de abril de 2013 (Ponente: ASUA BATARRITA. Nº de Sentencia 093/2013) fundamento jurídico octavo: (...) *Por otra parte, la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas. En efecto, hemos dicho en relación con la noción de familia a la que se refiere este precepto constitucional que, si bien “no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos ... como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones, sino también por el carácter tuitivo con el que la Constitución trata a la familia, “protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural” (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5). Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como “la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja” (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 3).*

⁴⁶ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 54.

⁴⁷ Así lo manifiesta HERRERO DE MIÑON, M.: Fundamentos constitucionales del patrimonio familiar, empresarial y empresarial”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo III. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 30, “ahora bien, más allá de la oposición, por tipológica necesariamente simplista, entre familia orgánica y familia individualista, puede y debe afirmarse que la familia a la que el art. 39 se refiere es una institución”.

A este respecto, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Sucesión “Mortis Causa” de la Familia Recompuesta (De la reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)* Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 14, las relaciones que median entre propiedad, familia y herencia han estado presentes en todos los regímenes

Por ello, la actividad empresarial compartida por la familia empresaria merece ser protegida por los poderes públicos.

4. Problemas a los que se enfrenta la empresa familiar: “Fortalezas y trampas”

Como ya se ha mencionado en epígrafes anteriores, estas empresas, además de estar afectadas por los mismos riesgos que cualquier otra empresa, se enfrentan a unos propios derivados de su carácter familiar⁴⁸. Tanto los inconvenientes como las ventajas que presentan estas empresas devienen de la estrecha interrelación que existe entre la institución de la familia y la empresa, que se rigen por valores distintos. Respecto a los problemas o dificultades se concretan, según GALLO⁴⁹, en la sucesión generacional, la incorporación de directivos no familiares, la distinción entre procesos de gobierno y dirección, y la protocolización de las relaciones de la familia con la empresa. Por ello,

sucesorios que conviven en España, con distinta intensidad según las soluciones que ofrecen cada uno de ellos.

La sucesión *mortis causa* tiene en cuenta, en principio, el interés familiar, la perpetuación de la propiedad o el interés social. LORENZO-REGO, I.: *El concepto de familia en Derecho español: Un estudio interdisciplinar*. Ed. Bosch. Barcelona, 2014, p. 114, si bien, como expone más adelante, en su opinión el mayor interés protegido por el legislador es la perpetuación de la propiedad, p. 129.

⁴⁸ Vid. CORONA, J. TÉLLEZ ROCA, J.: “El protocolo familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto, Barcelona, 2011, p. 800, destacan entre los problemas de índole familiar, la resistencia por parte de las generaciones en el poder a renunciar en el momento oportuno, las rivalidades entre miembros de la generación al mando, que dificultan la consecución de acuerdos sobre la elección del sucesor o los sucesores, o la incapacidad de distinguir adecuadamente entre los distintos roles de familiar, propietario y gestor de la empresa que en muchas ocasiones desempeñan varias personas pertenecientes a la familia. Resulta ilustrativo el ejemplo que muestran los autores de *La gestión de la empresa familiar* para explicar cómo afectan los problemas a la empresa familiar. La comparativa es con las fichas de domino al caer: la caída de una pieza provoca en el resto una reacción inmediata en cadena; o como las partículas de un átomo durante un proceso de fusión. Todas las partículas están interconectadas, y al igual que las fichas de domino, en el momento en que se rompe el núcleo de una, la reacción se transmite en cadena por todas las demás. Vid. CASILLAS J. C., *op. cit.*, p. 37.

⁴⁹ Vid. GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*, *op. cit.*, p. 14.

BAREA MARTÍNEZ, M.T., *op. cit.*, p. 95-96, se refiere a las ventajas e inconvenientes derivados del carácter familiar: “Así, en general y también en el caso concreto que les estoy presentando, el carácter familiar de una empresa supone tres principales ventajas, a saber: i) un alto grado de compromiso y dedicación de los familiares implicados en el negocio, ii) un alto grado de autofinanciación y reinversión de beneficios y iii) un alto grado de vinculación con la clientela. Pero, simultáneamente, ese mismo carácter familiar de la empresa acarrea unos cuantos inconvenientes y peligros que habrá que saber conjurar. Entre ellos me interesa destacar cinco: i) El acceso a funciones directivas o de gestión de familiares no suficientemente cualificados para tal tarea. ii) La dificultad, en ocasiones, para obtener financiación exterior sin perder la familia el control de la empresa. iii) La alarmante inoperancia de los órganos sociales-en los casos en los que la empresa familiar reviste forma societaria-, en la medida en que las decisiones empresariales se adoptan en el seno de la familia como si de simples decisiones familiares se tratase. iv) La nefasta confusión entre el patrimonio familiar y empresarial. v) Y la complicada ordenación de la sucesión en el seno de la empresa”.

las relaciones afectivas entre sus miembros quedan o pueden quedar afectadas o minoradas, a diferencia de una empresa no familiar, en la que las decisiones empresariales no trascienden de este ámbito.

SÁNCHEZ CRESPO- CASANOVA⁵⁰ detalla los problemas que surgen en cada uno de los tres círculos estudiados: “(i) En el núcleo familiar surgen de las relaciones entre el empresario y sus hijos, de las relaciones entre hermanos y entre estos y los hermanos políticos, de las relaciones entre el empresario y su cónyuge y las relaciones entre directivos de la empresa y miembros de la familia que trabajan en ella. (ii) En el núcleo empresarial los problemas surgen por la razón fundamental de la interconexión entre familia y empresa y pueden dar lugar a la confusión entre el patrimonio familiar y el empresarial, confusión entre las cuentas de la empresa y las de la familia y la inoperancia e inutilidad del Consejo de Administración y de la Junta General de socios de la empresa. (iii) En el núcleo de la propiedad surgen los problemas con relación a la estructura del accionariado a medida que aumentan las generaciones; postura adversa a la entrada de socios no familiares en la empresa y; falta de adopción de medidas para la reorganización del grupo familiar de empresas tendentes a conseguir una adecuada planificación financiero/fiscal”.

Y lo que no es un problema menor que se plantea, es la prevalencia de la familia sobre la empresa, por la primacía de los intereses familiares sobre los empresariales, y suele ocurrir cuando los intereses y objetivos de la generación que se incorpora difieren de los del fundador, quien sustentaba una base sólida común⁵¹.

⁵⁰ SÁNCHEZ- CRESPO CASANOVA, A. J., CALERO ARTERO, J. F.: *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Ed. Comares, 2ªed. Granada, 2001, p. 10-13.

⁵¹ Vid. CASILLAS J. C., *op. cit.*, p. 42, cuando la incorporación de los miembros de la familia a la empresa se limita al hecho exclusivamente de pertenencia al núcleo familiar, que denominan estos autores nepotismo familiar o *familismo*.

Sin embargo, el fundador no siempre favorece la situación, por su carácter conservador, no consciente o reticente a reconocerlos. Articular problemas es identificar sus causas, encontrar soluciones y estructurar los caminos para resolverlos. Vid. GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*, *op. cit.* p. 38.

Cuando la empresa se crea o inicia, la propiedad de la empresa pertenece al fundador. Siendo empresa familiar individual, su titular será cualquiera de los progenitores o descendientes. Los problemas de la propiedad surgen, como señala CUCURULL POBLET, T.: *El protocolo familiar mortis causa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, p. 66, cuando hemos de tener en cuenta la figura del cónyuge *versus* la sociedad. El cónyuge puede adoptar un papel basado en dar apoyo al fundador, sin tener ninguna actitud intervencionista; o por el contrario, participar activamente en la gestión de la sociedad. Respecto a los problemas de la familia las variables son la misma naturaleza de la familia, la distribución de la dirección de la empresa entre los cónyuges y la relación con el resto de la familia.

Identificada la problemática, es necesario buscar soluciones a la misma, por lo que resulta fundamental conocer cuáles son las fortalezas y debilidades que presentan estas empresas; como así lo ha denominado la doctrina dedicada a su estudio, lo que permitirá adoptar las medidas preventivas efectivas.

En cuanto a las “fortalezas” coinciden en que son la unidad y el compromiso de las personas que trabajan en ella, esenciales para la actividad empresarial. La unidad debe existir entre los miembros de la familia y entre esta y la empresa; requiere a su vez un previo compromiso que hay que mantener en el tiempo⁵².

Respecto a las “trampas,” responsables de la elevada mortalidad en relación a las empresas no familiares, destacan las siguientes:

1. “La confusión entre el hecho de ser propietario y el de tener capacidad para dirigir. El ser propietario no presupone capacidad de dirección adecuada. Se trata de una cualidad de la persona pero precisa para su desarrollo práctica y estudio adaptarla a las nuevas situaciones empresariales.
2. La confusión de los flujos económicos. Las retribuciones del trabajo y las rentas de capital deben ser ajustadas al mercado laboral y al de capitales respectivamente.
3. La confusión de los lazos de afecto, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa. En la empresa la persona es valorada por su trabajo, en la familia, sin embargo rigen los lazos afectivos, pudiendo recibir más de lo que aportan con su esfuerzo.
4. Retrasar innecesariamente la sucesión. Una sucesión exitosa ha de ser planificada con la antelación suficiente para poderla llevar a cabo.

La peor de todas las trampas y una gran amenaza a su continuidad es pensar que no se caerá en ninguna de ellas, “creerse inmunizado,” pues ninguna empresa está exenta de problemas”⁵³.

⁵² En el grupo de la unidad se encuadran los intereses comunes, la autoridad reconocida, confianza mutua, comunicación, compenetración y flexibilidad.

En el grupo del compromiso la entrega a un ideal, sacrificio personal, exigencia de lo mejor y pensamiento a largo plazo. *Vid.* GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*, *op. cit.* p. 58.

También GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el derecho”, *op. cit.*, p.76. Se remite a ellos cuando se refiere al buen gobierno de la empresa por la familia propietaria.

Respecto a los rasgos que caracterizan la unidad y el compromiso *Vid.* CASILLAS J. C., *op. cit.*, p. 55.

⁵³ *Vid.* GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*, *op. cit.*, p. 53-57.

Según PROSPER MÁNGLANO, F.: “El gobierno de la empresa familiar”, en *Maestros en empresa familiar*. AA.VV. (Coord. ARAGÓN, C.) Universidad de Deusto. Bilbao, 2004, p. 30, los problemas de la empresa familiar aparecen por el proceso natural de evolución de la empresa familiar y los clasifica en cinco apartados:

El conflicto es consustancial al ser humano y surge en todo tipo de empresas, sin embargo, la anticipación y planificación son medidas preventivas que contribuyen a evitarlo o a paliar sus efectos. En este sentido, hay que destacar la función que tienen los juristas de adaptar el derecho a la iniciativa empresarial de las familias, según la etapa en que se hallen, planteando como un reto la posibilidad de evitar la desaparición o mortandad de las empresas familiares con la configuración jurídica adecuada⁵⁴. Es precisamente esta cuestión, objeto de nuestro trabajo y a la que dedicaremos los capítulos siguientes.

5. La conservación de la unidad de la empresa en el relevo generacional

La empresa no suele nacer como familiar sino que se origina como resultado de la iniciativa de un fundador o emprendedor de desarrollar algún tipo de actividad empresarial. Cuando el empresario tiene el deseo de transmitirla a sus sucesores como si de un legado se tratase y con el afán de continuidad y perdurabilidad en el tiempo, adquiere la naturaleza de familiar. Este deseo es una constante de las empresas familiares que se transmite de su fundador a las generaciones siguientes y se refleja en la intención de que la gestión y propiedad se mantenga en la familia, lo que supone la consolidación de su negocio. Sin embargo, la dificultad se presenta en mantener la naturaleza de familiar durante las generaciones siguientes y la unidad en el momento de la transmisión⁵⁵.

A los empresarios-fundadores les preocupa la sucesión familiar, son conscientes de que el cambio generacional se convierte en el gran reto al que se enfrentan, y tienen

-
- Problemas provocados por el proceso de la sucesión.
 - Problemas provocados por la maduración del negocio.
 - Problemas provocados por la limitación del crecimiento.
 - Problemas derivados de la necesidad de profesionalizar la organización.
 - Problemas que provienen de los cambios en las características de las familias.

⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el derecho”, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁵ *Vid.* BLANCO MAZAGATOS, V., DELGADO GARCIA, J. B., DE QUEVEDO PUENTE, E.: “Creación de empresas familiares”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, p. 66.

También, FERNÁNDEZ GIMENO, P.: *Problemas de la transmisión de la empresa familia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 51, quien señala que la empresa familiar forma parte del patrimonio familiar, y el interés de su conservación en la familia es el mismo que la conservación del patrimonio familiar dentro de la misma familia.

especial interés en mantener la propia empresa dentro de la familia, y conservar la propiedad de aquella⁵⁶.

Como ya hemos señalado en el epígrafe 3 de este trabajo, empresa y familia, al regirse por parámetros distintos, tienen que conexionarse para que se pueda lograr una simbiosis optima que permita que la empresa perviva. La armonización de los principios empresariales y familiares es presupuesto necesario para superar con éxito la transmisión a las generaciones siguientes, y todo ello sin abandonar los valores familiares -unidad y proyecto común-, y los empresariales -ánimo de lucro, productividad y continuidad-⁵⁷.

Sin duda que el principal problema -de difícil solución- es ordenar la sucesión, es decir, “organizar de manera eficiente el relevo generacional en la empresa familiar cuya subsistencia queda gravemente comprometida cuando se produce el fallecimiento,

⁵⁶ Existe una tendencia general a la conservación del patrimonio y su cesión a las generaciones futuras, se convierte así en un interés supremo. *Vid.* BATALLA DE ANTONIO, A, “La empresa familiar y el análisis del art. 1056. 2º del CC”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. T. I. AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 133. Tendencia plenamente reconocida en el art. 33.1 CE que la sitúa al mismo nivel que el derecho de propiedad.

Las legislaciones agrarias siempre se han preocupado por la conservación de la integridad de la explotación, manteniéndola indivisa tras la muerte del propietario. Para ello se procura designar un único sucesor. Al respecto, *vid.* MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La transmisión *mortis causa* de la explotación agraria y el mantenimiento de la integridad de la explotación”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 838-839.

En este sentido ya se manifestaba ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del código civil español” en *Revista de Derecho Privado*. Vol. 63 nº4 (abril) 1979, p. 315, “preocupación constante y general en tiempos recientes es la de conservar el patrimonio agrícola familiar, llegado el momento de la sucesión hereditaria de forma unitaria”.

⁵⁷ En la sucesión se ven afectados los tres sistemas: familia, empresa y propiedad. *Vid.* SOLÉ TRISTÁN. J. “La difícil continuidad de las empresas familiares”, en *La sucesión en la empresa familiar. Casos reales contados por sus protagonistas*. AA.VV (Coord. AMAT, J. M.) Ed. Pirámide. Bilbao 2004, p. 164. Señala este consultor que las empresas familiares no mueren como tales sino que pierden sólo su condición de familiares, por tanto, no es la dificultad que presentan estas empresas para sobrevivir como empresas sino la dificultad de las familias para seguir siendo propietarias.

En una publicación de la Revista Galega de Economía se señalan los grandes retos que tienen que asumir las empresas familiares en el proceso de cambio generacional y que deben tenerse en cuenta a la hora de planificar un proceso de sucesión y que por su interés transcribimos a continuación:

“1. La profesionalización de la gestión, que se inicia con la de los propios miembros de la familia, ya que el hecho de ser familiar no valida por sí mismo para incorporarse a la empresa. Este punto se relaciona con el criterio de elección del sucesor, con la formación y con la experiencia que se les va a exigir a los miembros de la familia que se quieren incorporar a la empresa, con la incorporación de profesionales externos.

2. La internacionalización y la globalización de los mercados obliga a la empresa familiar a alcanzar una mayor dimensión para afrontarlos.” *Vid.* BARBEITO ROIBAL, *et al.*: “El criterio de elección del sucesor en las empresas familiares gallegas” en *Revista Galega de Economía*, vol. 15, núm. 2, 2006.

entre otros, del padre de familia que mantenía su control”⁵⁸. Control, que en nuestra opinión, ha podido irse debilitando según el gobernante ha ido delegando o cediendo funciones a otros miembros. Al romperse la unidad entre la propiedad y el poder de control que tenía el fundador, y dispersarse entre los distintos sucesores, se genera un factor de riesgo para la continuidad de la empresa porque la toma de decisiones se dificulta, lo que puede perjudicar gravemente al funcionamiento de la empresa. La razón obedece a un debilitamiento en la centralización, cuanto mayor sea la concentración de la propiedad, mayor será la garantía para su permanencia porque el control recae en una única persona, quien tiene la facultad de decisión.

En este orden, es oportuno traer a colación que en materia de empresa tres principios inspiran el ordenamiento jurídico español: el principio de unidad, el principio de continuidad y el principio de conservación de la empresa⁵⁹.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, abril-junio 2012, p. 54, si bien se refiere a la empresa familiar instrumentada bajo forma societaria, al mismo problema se enfrenta el empresario individual. Es lo que se ha venido denominando “*family business succession planning*”. En este sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *op. cit.*, p. 290, “el conseguir la máxima concentración de la propiedad de la empresa familiar entre los sucesores realmente interesados ha de ser una de las directrices que debe presidir la política de sucesión de la empresa familiar”.

Respecto a la conservación de la empresa *vid.* FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, *op. cit.*, p. 228, se refiere a ella explicando que “al constituir la familia una unidad que trasciende la individualización permite proyectar esa unidad en el patrimonio de la familia consiguiendo con ello la cohesión de los bienes, inmuebles, empresas en la transmisión sucesoria. Es muy importante evitar la disgregación y desmembración del patrimonio en la sucesión, lo que podría suponer la desaparición de la empresa al tener que venderla para repartirla. Precisamente por ello, la subsistencia de la empresa dentro de la familia tiene como uno de sus mayores beneficios y al propio tiempo acicates la conservación de la empresa dentro de la herencia. El propio Código Civil en uno de los pocos artículos que trata la institución, el 1056.2º, se refiere a garantizar la conservación de la empresa familiar en la sucesión”.

⁵⁹ En términos de PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 99.

FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires*. Algunas propuestas de reforma”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 462, justifica que “lo que no podemos dejar de poner de manifiesto al comienzo del estudio es que, por su propia razón de ser, la empresa tiene una sustantividad propia, bien diferenciada de cualquier otro elemento patrimonial que integre el caudal hereditario. Así, vistas las cosas, la empresa es una realidad eminentemente dinámica, bastante diferente de otros elementos patrimoniales susceptibles de integrar el caudal relicto, y que admiten una gestión más estática (básicamente patrimonios de disfrute, no productivos). Es más, cabe afirmar, sin dudas ni titubeos, que las normas sucesorias que aparecen plasmadas en la legislación civil, con mayor claridad-eso sí- en la legislación civil común que en las forales o especiales, proceden de épocas en las que la realidad empresarial era bien distinta a la actual, contemplan en suma, patrimonios básicamente de disfrute o dedicados básicamente a la producción agraria o a una actividad empresarial escasamente implantada o desarrollada”.

La unidad debe ser tanto económica como jurídica para que sea posible la organización del patrimonio familiar y empresarial. Además, la empresa por ser un ente dinámico, requiere un tratamiento diferenciado del resto de los bienes que integran el patrimonio hereditario y una normativa acorde a esta realidad para poder lograr la conservación y continuidad de la misma. Siendo la sucesión un proceso fundamental es necesario preverla y planificarla con la suficiente antelación porque la improvisación puede tener consecuencias nefastas para la continuación de la empresa. El destino de un traspaso generacional no planificado será inseguro y casi con total probabilidad fallido⁶⁰.

II. LA PLANIFICACIÓN: MEDIDA NECESARIA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL

1. La planificación como garantía de la continuidad de la empresa

El relevo generacional puede precipitarse por el devenir de acontecimientos no previstos y por diferentes causas -ya sean voluntarias o forzosas-, y provocar situaciones de riesgo y conflicto para la empresa si no se ha planificado adecuadamente, contemplando las distintas situaciones posibles.

Al ser la sucesión uno de los retos más difíciles a los que se enfrentan estas empresas, la planificación en este ámbito resulta fundamental. Se pretende garantizar el traspaso en unas condiciones óptimas tanto familiares como económicas y evitar la división de la empresa entre los herederos o la enajenación de la misma. Para conseguirlo, el empresario necesita instrumentos y mecanismos eficientes que le permitan diseñar su propia sucesión y adaptarla a las circunstancias particulares que le rodean. La utilización de los instrumentos jurídicos adecuados ayudará a la familia

⁶⁰ “La falta de planificación convierte el proceso en suceso como resultado de un hecho imprevisto” SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *El cambio generacional en la empresa familiar*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm 27. Octubre 2003, p. 100, el sucesor, que puede ser el fallecimiento o accidente del fundador, obliga a improvisar y a tomar decisiones precipitadas que pueden suponer un peligro para la continuidad de la empresa. Aún planificado el relevo generacional, estas situaciones pueden acelerarlo. En palabras de BATALLA DE ANTONIO, A., *op. cit.*, p. 133, “es característico de la especie humana la consciencia de ese “*día cierto que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo*” y que es el de la muerte”.

empresaria a mantener el patrimonio empresarial y preservar la unidad de la explotación. En otro caso, podemos estar asistiendo a su desaparición⁶¹.

Una ruptura matrimonial, una incapacidad, un fallecimiento prematuro o un testamento mal planeado suponen un gran riesgo, razón por la que es necesario aumentar la seguridad de permanencia en detrimento de la imprevisibilidad mediante la planificación. Además, la imprevisión de la sucesión puede afectar gravemente a la empresa en el desarrollo de su actividad y en la dirección porque en nuestro ordenamiento se precisa la aceptación de la herencia para poder ser titular, no surge la transmisión automática.

Aunque no existe fórmula para garantizar la transmisión de la empresa, por las singularidades que presenta cada una, la adecuada planificación si resulta esencial y una necesidad común a todas ellas; es una medida de prevención del patrimonio individual, familiar y empresarial. Favorece la evolución de la empresa, si bien, para que sea efectiva esta medida, todos los miembros de la empresa, fundador y sucesores, deben ser conscientes de esta necesidad y trabajar para su consecución⁶².

⁶¹ En un artículo publicado en la Vanguardia el 8 de noviembre de 2015 “Empresas familiares globales” por Enric Tintoré se puntualiza sobre este extremo: *Existen empresas que no han tenido futuro por no haber planificado a tiempo la sucesión. Es muy necesario- por tanto- tener claros los mecanismos de sucesión y hay que tenerlos previstos cuanto antes para garantizar una correcta continuidad.*

Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. Y GARCÍA PÉREZ, R.: “Presentación”, en Protección del patrimonio familiar. AA.VV. (Coords. SÁNCHEZ CALERO, F. J. Y GARCÍA PÉREZ, R.) Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, p. 13, quienes se refieren al mantenimiento de la integridad de la empresa familiar.

⁶² Al respecto, FUENTES MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 494, señala que la falta de automatismo en la sucesión *mortis causa* dificulta enormemente ese *desideratum* de que alguien ocupe el lugar del difunto lo más pronto y de la forma más inmediata y automática posible. Se cuestiona la “bondad” de nuestro sistema en el que es necesario que el llamado a título de heredero acepte la herencia para que se pueda desencadenar el fenómeno sucesorio y propone someterlo a revisión y sustituirlo por el sistema germánico en el que por el solo hecho de la muerte del causante ya hay un heredero, al ser este último más adecuado a la sucesión empresarial *mortis causa*. Estamos de acuerdo con este autor que las situaciones de yacencia hereditaria, al ser situaciones interinas, en nada favorecen a la empresa, máxime cuando se prolongan en el tiempo. En nuestra opinión, este hecho no hace más que evidenciar la necesidad de planificación por el propio testador para organizar el patrimonio después de su muerte y adjudicar la empresa a quien el crea con mejores capacidades para conservar la empresa o explotación económica, así como la alternativa de otros instrumentos para ordenar la sucesión. Es aconsejable y conveniente, en la medida de lo posible, separar el patrimonio empresarial del patrimonio personal.

En el caso de que se trate de transmitir participaciones o acciones, la sucesión *mortis causa* es más compleja que la sucesión de otros bienes o derechos porque hay que conjugar las normas del derecho societario y para la adquisición de la condición de socio del sucesor habrá que atender a las cláusulas estatutarias. Se debe tener en cuenta como señala FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2008, p. 76, que la condición de socio es una posición contractual, a la que será aplicable el art. 1257 CC que conduce, en base a la relatividad que establece la subrogación del heredero del contratante en los derechos y deberes transmisibles que se deriven del contrato de sociedad.

Cada generación es responsable del traspaso generacional de la empresa familiar, responsabilidad que es histórica y moral: garantizar la continuidad de la empresa familiar, incrementando su patrimonio y su actividad. *Vid. CASILLAS J. C., et al., op.cit.*, p. 124.

2. El proceso de la planificación u ordenación de la sucesión

La planificación se concibe como un proceso, no como un hecho aislado, que requiere tiempo, dedicación e implicación de la familia y que deberá intentarse conseguir con la voluntad mayoritaria de sus miembros para lograr éxito en el relevo porque la inactividad en fase de preparación repercutirá negativamente en la empresa y su falta será insubsanable. Además, cada proceso de planificación es único porque se adapta a la situación y circunstancias de cada empresa y familia empresaria.

El traspaso generacional antes o después tiene que ocurrir y debe contemplarse la situación actual del momento en que se plantea el proceso, así como una visión de futuro para posibilitar su efectividad. Al igual que en cualquier fase, tendrá un inicio, una continuidad y un final, este último coincidirá con el momento de la jubilación o retirada del fundador y el consiguiente relevo, que dará lugar a la cesión de control de la empresa del sucedido al sucesor⁶³.

Bien es verdad, que a medida que las generaciones de la empresa aumentan, la sucesión de la familia será en la propiedad, debiendo la gestión profesionalizarse, así se va logrando la separación entre propiedad-gestión⁶⁴.

Por su parte, SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed. Iustel, Madrid 2008, p. 356, refiere que una persona previsora tiene un ámbito de libertad muy amplio aunque ciertamente es muy complicado preverlo todo. A lo que nosotros añadimos que al menos habrá que intentar prever lo máximo posible. Y NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones”, en *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (Dirs. ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M. L.). Ed. Marcial Pons. Madrid 2015, p. 194, señala que “Las partes al menos conocen que no pueden prever todos los acontecimientos futuros; al menos conocen que “no conocen lo desconocido”. Esto les debería de llevar a la redacción de estipulaciones en el pacto que combinaran, por un lado, cláusulas concretas sobre circunstancias que consideren que pueden acaecer y que pueden dar lugar a una modificación de sus circunstancias y, por otro lado, a la redacción de cláusulas generales que permitieran incluir la sobreveniencia de hechos, en ese momento, no imaginables pero que pueden acaecer y que pueden dar lugar o bien a la revisión del pacto para adaptarlo a las nuevas circunstancias o bien a su extinción y, en ambos caso, total o parcialmente”.

⁶³ GALLO, M. A., GÓMEZ BETANCOURT, G, *op. cit.*, p. 58, expresan estos autores que “dado que el ejercicio profesional del poder es difícil, la sucesión en el ejercicio del poder, es decir, en el gobierno y dirección de la empresa familiar, será uno de los procesos más importantes e influyentes en su desarrollo y evolución. Sin sucesiones exitosas es imposible imaginar una empresa familiar multigeneracional y una familia empresaria. El éxito de la sucesión requiere acierto en la preparación de los sucesores de los miembros de la familia, de la organización de la empresa, y de los predecesores que deben no solo saber hacer dicha sucesión sino que tienen que querer hacerla con determinación.” En cuanto a las fases de la planificación sucesoria, DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R.: “El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar” en *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 22, 2016, p. 56, “1) una primera de reflexión y estrategia familiar, 2) una segunda fase jurídica, basada en la redacción de un protocolo familiar y posteriormente de un pacto sucesorio, 3) y finalmente una fase de “proceso vivo”, en el que se crean órganos que tienen por objeto el seguimiento y cumplimiento del protocolo y el pacto sucesorio”.

⁶⁴ Podríamos resumirlo en perder el poder y ganar en reconocimiento. Este hecho puede comprobarse en diferentes empresas que se encuentran en segunda y tercera generación, así se recoge en distintos

Por otro lado, observamos que la desaparición de una empresa no siempre es imputable a la generación que tiene el control sino que en ocasiones, los problemas que surgen traen causa de las generaciones precedentes que no los han solucionado y se han traspasado a las siguientes, por ello, el empresario asume una gran responsabilidad en la planificación del relevo generacional, es por ello, que la tasa de mortandad de estas empresas tiene una relación directa con la falta de planificación de la sucesión y aquellas que sobreviven y superan el cambio generacional son más conscientes de esta realidad.

En ocasiones, sucede que se obstaculiza el traspaso por el propio fundador, que es reacio a la retirada. Esta actitud se debe a que en la mayoría de los casos la empresa ha ocupado la mayor parte de su vida, con una dedicación total, han ejercido el control sobre ella y cuando se aproxima el momento de su marcha les causa temor desprenderse tanto de la propiedad como de la gestión. Por otra parte, es habitual que surja la confrontación entre generaciones por las diferencias de intereses, objetivos y el distinto enfoque que proyectan sobre la empresa, si bien, insistimos, que la planificación contribuye a salvaguardarlo⁶⁵.

testimonios de miembros de empresas familiares. Al efecto, GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T.I. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona 2010, p. 385.

Para HUERTA TROLEZ, A.: “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, en *El cambio generacional en la empresa familiar*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm 27. Octubre 2003, p. 48, desde el momento en que se desea vincular la titularidad y la gestión de la empresa al dato biológico de pertenencia a una familia, surge inmediatamente la necesidad de articular jurídicamente el complejo de interrelaciones entre ambas sociedades. Sin embargo, gobernar la empresa no significa tener que gestionarla, si implica marcar las directrices para que el gestor o en su caso, el equipo de gestión las sigan correctamente, sucesión en la dirección. En este sentido, GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria. Su protocolo,” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 44, 2006, p. 113, “existen medios para, con visión de futuro, prever la sucesión en el *management* empresarial: la planificación sucesoria ante todo, la regencia por el cónyuge del fundador si este fallece prematuramente, el gerente puente en su caso y....la actuación continuada que supone el saber estar en el seno del Consejo de Administración y a la vez que sea el gestor el que actué en el día a día, profesionalmente”.

⁶⁵ RUS RUFINO, S.: “Consideraciones sobre la sucesión en la empresa familiar”, en *El cambio generacional en la empresa familiar*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm 27. Octubre 2003, p. 17.

Existen fundadores incluso que intentan que el plan de la empresa se adapte al plan de sucesión cuando en realidad ambos deben ser desarrollados simultáneamente. Cada generación se enfrenta a sus propios retos, sin embargo para favorecer el traspaso, cada una tendrá que asumir que los tiempos son distintos y los criterios y decisiones que se tomaron en una época pueden no resultar válidos en las actuales aunque puede comprobarse que en el contexto de la sucesión, en una gran parte de los casos, es inevitable que surja el choque intergeneracional. Los fundadores o las primeras generaciones suelen ser personas que se han forjado asimismo, mientras que las posteriores han ido recibiendo una preparación y formación a nivel de estudios y de empresa, si bien, por los casos que he ido observando en el estudio de la materia, estas diferencias van siendo menores a medida que las generaciones van avanzando.

2.1. Elaboración del plan de sucesión

Para que el proceso de sucesión se articule correctamente debe elaborarse un plan de sucesión para llevarlo a cabo. Este ha de ser efectivo y real, adaptado a las necesidades de la familia y la empresa y prioritario para el empresario⁶⁶. A pesar de la importancia del plan de sucesión, la realidad demuestra que más del 59% de las empresas carecen de un plan de sucesión definido, un 13% de las empresas ni siquiera creen necesario aún preparar la sucesión y sólo un 21,8% de ellas consideran que tienen la sucesión medianamente preparada, de las cuales algo más de 1/3 piensan que tienen todo previsto⁶⁷.

Al respecto, podemos admitir que “el plan de sucesión requiere la redacción de un testamento, normalmente en forma coordinada con el consorte del emprendedor, si el régimen económico entre ambos es el de comunidad o el patrimonio empresarial se encuentra repartido entre ambos pero también la previsión en vida de ordenar familiar,

Vid. LUCERO BRINGAS, M. A.: “La sucesión. El talón de Aquiles en la empresa familiar”, en *La sucesión en la empresa familiar*. AA.VV. (Dir. FAVIER DUBOIS, E. M.) Ed. Ad -Hoc. Buenos Aires, 2014, p. 78, “si bien la meta u objetivo puede ser el mismo, el camino planteado es totalmente diferente, y se encuentra generalizada la impresión en cuanto a que las brechas generacionales son cada vez más grandes. Sin embargo, esas distancias que parecen abismos pueden ser muy enriquecedoras a la hora de potenciar las experiencias de cada una de ellas, y aunque parezca una utopía es necesario establecer espacios y vínculos de aprendizaje y respeto que favorecerán a una mayor comprensión de la realidad y de los hechos en pos de un objetivo en común, el cual necesita de ambas visiones: la experiencia por una parte y una mirada y enfoque actual y dinámico por la otra”. Por otra parte, el poder ha estado concentrado en la persona del fundador, quien ha tomado las decisiones, en las generaciones posteriores el poder se irá descentralizando y consensuarán la toma de decisiones en beneficio de la empresa.

⁶⁶ *Vid.* CASILLAS J. C., *et al.*, *op. cit.*, p. 40, su éxito se basa en el establecimiento de reglas claras, conocidas y compartidas por todos, que deben formalizarse por escrito y establecerse en el protocolo familiar. Destacan como principales aspectos a tener en cuenta en la presentación de un plan de sucesión la antigüedad, el sector de la actividad, la posición y la situación económica de la empresa familiar, la edad, valores, formación, bagaje profesional y patrones de comportamiento, tanto de fundadores como de sucesores. Añadimos otro aspecto más, las relaciones familiares porque el compromiso de la familia con la empresa y la unión entre los miembros es esencial para planificar el futuro.

Para que la planificación de la sucesión sea eficaz debe cumplir tres requisitos: objetiva, realista y estratégica. *Vid.* LEA, J. W.: *La sucesión del Management en la empresa familiar*. Ed. Granica. Barcelona, 1992, p. 129.

⁶⁷ Datos proporcionados por ESADE & FAMILIA BUSINESS KNOWLEDGE (2006). *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, J. C.: “La relevancia de la empresa familiar en la economía”, en *La gestión de las empresas familiares: Un análisis integral*. AA.VV. (Ed. MONREAL MARTÍNEZ, J, *et al.*) Ed. Civitas. Navarra 2009, cit. p. 41. Sin embargo, los resultados del segundo barómetro europeo de la empresa familiar de junio de 2014 publicado por KPMG constatan que a un alto porcentaje de las empresas familiares les preocupa cómo mantener el control dentro de la familia y creen necesario formar un sucesor. <http://www.kpmg.com/ES/es/ActualidadNovedades/ArticulosyPublicaciones/Documents/Iibarometro-empresa-familiar.pdf>.

“At the same time as many authors consider planning or a future succession to be an important question for the firm, other studies show that few firms express that they have a written plan for it”. VIKSTRÖM, A., WESTERBEG, M.: “Success with succession. An empirical study of small Swedish family firms” en *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*. Vol. 11 nº3 2010, p. 226.

sucesoria y empresarialmente el patrimonio a entregar”⁶⁸, pero no será esta la única opción.

Así, la situación ideal para el traspaso generacional es la que se produce de manera ordenada y gradual, en vida del fundador, una vez finalizado la etapa de preparación del sucesor, sin embargo en varias ocasiones el desarrollo de los hechos no lo permite. En estos casos, la planificación ayudará a afrontar el fallecimiento o incapacidad del titular de la empresa y la transmisión al sucesor y evitará en gran medida el riesgo de su liquidación⁶⁹.

2.2. Desarrollo del proceso sucesorio

2.2.1. Generalidades

El proceso idóneo sería aquel que se basase en parámetros de méritos, entendiendo que no por el hecho de ser familiar se tiene derecho a dirigir y gestionar la empresa. La propiedad puede ser hereditaria, sin embargo la capacidad para dirigir la empresa no lo es porque deben prevalecer los intereses de la empresa sobre los personales de los sucesores para que la consecución del relevo generacional sea exitosa.

Existen opiniones diversas acerca del momento en que debe iniciarse la planificación pero en cualquier caso será cuando la empresa tenga bases sólidas y afán de continuidad, lo que implica perspectivas a largo plazo. Cuanto mayor sea el tiempo destinado a planificar y preparar la sucesión, y más alejado en el tiempo del momento del traspaso generacional, mayores serán las posibilidades de efectividad porque permite el trabajo conjunto entre generaciones⁷⁰.

⁶⁸ FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 200.

⁶⁹ HUALDE MANSO, T.: “Patrimonio fiduciario y sucesión en la empresa familiar”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. VV.AA. (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 632, en su opinión, la mayor parte de las ocasiones lo deseable es adelantar la sucesión y el cambio generacional, buscando el mejor momento para dejar el proyecto empresarial en manos de quienes van a hacerse cargo del mismo, y en las figuras utilizables en testamento el momento de transmisión no se produce efectivamente hasta que el titular de una empresa individual o de la mayoría de las participaciones sociales fallece, no siendo eso lo más deseable en aras de la continuidad empresarial. Sin embargo, diferimos en parte, al considerar que no se trata de adelantar la sucesión sino de planificarla para que no haya imprevistos y son precisamente las disposiciones testamentarias las que permiten ordenarlo, al no ser admitidos otros instrumentos de ordenación de la sucesión en nuestro sistema.

⁷⁰ BORK, D.: *La empresa familiar frente a sus retos* (Trad. GARCÍA, M. C.) Ed. Deusto, Barcelona 2013, p. 129, señala este autor que la forma más simple de planificar la sucesión es haciéndose dos preguntas: “¿a dónde va el negocio? y ¿quién en la familia (si lo hay) tiene las habilidades y capacidad de liderazgo necesarias para asumir la dirección?” En su opinión, estas preguntas son una manera no amenazadora de hacer que la familia se enfrente a los complejos asuntos de la sucesión.

La figura del fundador en el desarrollo del proceso es fundamental por la influencia que puede ejercer para crear un ambiente favorable en la aceptación del sucesor por el resto de miembros de la empresa, máxime cuando existen varios hermanos y su elección puede suscitar tensiones y rivalidades entre ellos. Además, el empresario debe tratar, en la medida de lo posible, de facilitar la participación del sucesor en la empresa antes de que tenga lugar la transmisión⁷¹.

2.2.2. Etapas

Dentro del proceso de ordenación de la sucesión, podemos diferenciar distintas etapas:

- Por un lado, la fase de preparación del sucesor. El fundador o sucedido tiene una gran responsabilidad en esta etapa -al igual que en todo el plan de sucesión-, pues se trata de preparar a quien será el futuro líder de la empresa.
- Por otro, desarrollo de la organización, que implica el traspaso del sucedido al sucesor y donde se gestarán las relaciones entre la empresa y la familia.
- Por último, jubilación y retiro del predecesor.

De este modo, podemos concretar las etapas del proceso en las siguientes: planificar, preparar al sucesor, traspaso y retirada. De todas ellas la preparación del sucesor es la fase más larga del plan y la del retiro del predecesor quizás la más delicada en el ámbito de la familia porque existen fundadores cuya intención es retrasar al

⁷¹ Con carácter general, en la empresa familiar la sucesión es entendida como el proceso de transmisión del poder de decisión en la dirección de la empresa y de la propiedad entre dos generaciones, conllevando a su vez, la transferencia del liderazgo en la familia. *Vid. AA.VV.: La sucesión en la empresa familiar. Casos reales narrados por sus protagonistas* (Coord. AMAT, J. M.) Ed. Deusto. Barcelona, 2004 p. 15.

“Un proceso de sucesión es aquel conjunto de acciones que tienen lugar en el marco de la empresa familiar durante algunos años, realizadas bajo el control del futuro sucedido, que desemboca de forma programada, y con las correcciones necesarias, en la sustitución del empresario al frente de la empresa por sucesor/es de la misma familia”. *Vid. GUINJOAN, M., LLAURADÓ, J. M.: El empresario familiar y su plan de sucesión*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 2000, p. 5.

Podemos encontrar varios tipos de propietarios que influyen en la salida que hagan como predecesor: los propietarios llamados *embajadores*, que abandonan su cargo y suelen actuar como una especie de tutores después de la jubilación. Permanecen en el consejo en una actividad asesora pero sin interferir al sucesor. Desean mantener un vínculo pero no ejercer el control mientras que los *gobernadores* se desvinculan prácticamente de la empresa familiar y son el ejemplo de aquellos que se retiran total y efectivamente. Si estamos ante un fundador *monarca* nunca dejará el mando, siempre vigilará al sucesor y revisará todas sus actuaciones, no conciben la sucesión si no es después de su muerte, por lo que no planifican la sucesión ni preparan a sus sucesores. Si se trata de un *general*, dejan el cargo sólo si se les obliga y regresarán a la dirección.

máximo la decisión sobre la sucesión de la empresa, e incluso evitarla hasta más allá de su propia muerte, delegando en el cónyuge esta decisión⁷².

El eje central del proceso sucesorio es la elección del sucesor, indispensable para que tenga lugar el relevo generacional y la consiguiente continuidad y conservación de la empresa. El éxito de la consolidación del negocio dependerá de la acertada decisión y efectiva incorporación del sucesor⁷³.

Cuando la elección del descendiente genera una situación de conflicto con los hijos del empresario que no han sido elegidos, a veces, la sucesión de la primera a la segunda generación hay que realizarla en dos etapas: Una primera con la actuación de un directivo no familiar como ejecutivo principal de la empresa familiar y una segunda con el traspaso del poder a un miembro de la siguiente generación de la familia.

La decisión del sucesor de incorporarse a la empresa y entrar a formar parte de ella debe ser libre y meditada con un proceso de reflexión previo, no es un mero heredero de una empresa sino que tiene la responsabilidad de conservarla, con todo lo que conlleva, y transmitirla a las generaciones siguientes⁷⁴.

Para su elección, como líder de empresa, habrá que valorar tanto la formación como el compromiso que tenga hacia la empresa porque este último es indispensable para ejercer el liderazgo en la propiedad y en la gestión y mantener a la familia unida. Obedece a que en el ámbito de la empresa, el relevo generacional no solo se concibe

⁷² Se trata de la figura del art. 831 CC que permite delegar la facultad de mejorar a los legitimarios. Resulta útil cuando concurren hijos menores de edad al producirse el fallecimiento y sobre todo cuando ambos cónyuges hubieran estado vinculados a la actividad de la empresa pero será objeto de estudio al tratar las disposiciones que pueden incorporarse al testamento.

⁷³ VACCHIANO LÓPEZ, C.: “La sucesión en la empresa familiar”, en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*. AA.VV. (Coord. NOGALES LOZANO, F.) Fundación EOI. Madrid 2007, p. 261, “la anticipación y previsión de los fundadores ante su inevitable sucesión se convierte en un proceso de enorme responsabilidad plenamente conectado con la gestión a largo plazo. Son precisamente los aspectos que regulan la selección y formación de los sucesores los que pueden proporcionar un tránsito tranquilo guiado por la evolución profesional de los elegidos y sin influencia emocional perturbadora de las relaciones. Los criterios de dicha selección no deben improvisarse. Ante todo hay que plantearse que la empresa no ha de interpretarse como refugio para los familiares, sus derechos no están vinculados a la delegación de competencias que no pueden asumirse; y que la protección instintiva de los mayores hacia sus descendientes estaría mal entendida si no se relaciona con un ejercicio responsable y cooperativo que contribuya a la mejora del patrimonio común”.

⁷⁴ Teniendo presente que a las familias se pertenece por destino pero a las empresas por decisión individual. Al efecto, NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*, op. cit., p. 55.

como un cambio de la persona que gobierna la empresa sino que también supone un cambio en las relaciones entre la familia y la empresa.

Además, en el proceso de sucesión quedan afectados el líder, los posibles sucesores, la propia familia, el personal y también los agentes externos al círculo de la empresa: proveedores y clientes⁷⁵.

Para que la transición sea exitosa es fundamental que exista una buena comunicación entre sucesor y sucedido. El proceso debe contemplar el trabajo conjunto hasta que el sucesor este integrado en la empresa y sea aceptado como la persona que va a dirigirla.

Denomina AMAT⁷⁶ a las empresas familiares que han sabido superar con éxito varios relevos generacionales “orientadas a la continuidad”. Se caracterizan porque consideran la planificación de la sucesión como una actividad estratégica y dedican el tiempo necesario para su preparación.

A este respecto, podemos considerar que “la superposición generacional es exitosa cuando ambas generaciones comprenden que en la sucesión no se trata tanto de derechos de recibir como de obligaciones de dar, que tampoco se trata de dilucidar en una fecha determinada si el sucesor ya está capacitado y el predecesor ya está preparado para marcharse, sino que se trata de convivir serenamente una transición en la que todos deben avanzar en profesionalidad y crecer en virtuosidad”⁷⁷.

Para centrarnos en la problemática que se plantea y sus posibles respuestas optamos por la elección de un sucesor único, sin duda esta es la opción generalmente más adecuada y usual para la empresa, por la seguridad y estabilidad que la dota y

⁷⁵ Resulta ilustrativa la comparación que se hace de la sucesión con un concierto: “para el que el fundador tiene que ceder la batuta y el sucesor tendrá que hacer sonar a la orquesta de forma distinta pero con la misma música, con una partitura que puede ser leída e interpretada de muchas formas distintas, todas válidas pero no todas con la misma calidad, fidelidad e intensidad”. CASILLAS J. C., *et al*, *op. cit.* p. 249.

⁷⁶ Vid. AMAT, J. M.: *La sucesión en la empresa familiar*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*, *op. cit.* p.124.

CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis de la empresa familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. VI AA.VV. (GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 32, “los retos principales se centran en la desvinculación progresiva del negocio por parte de la primera generación y la transferencia del liderazgo de la familia a la siguiente generación. El proceso de sucesión es complejo por la existencia de dos presiones contrapuestas: la resistencia de la generación mayor a ceder el poder y la avidez de la generación joven por hacerse con el mismo”.

La primera generación, la fundadora, crea la empresa desde sus orígenes y se la deja en herencia a la siguiente generación, la segunda, la profesionaliza y la tercera generación tiene como función principal garantizar la continuidad y el crecimiento de la empresa en manos de la familia.

porque la atribución unitaria de la empresa evita en gran medida el riesgo de la disolución y liquidación de la misma. Sin embargo, es posible que el sucesor sea una sociedad de hermanos, ello dependerá de cómo se encuentre distribuida la propiedad: Empresas de un solo propietario, que dirigen la empresa en solitario; empresas de hermanos, donde la propiedad se reparte, más o menos por igual, entre ellos y las empresas de primos, que proceden de empresas de hermanos que se han transformado en consorcios de primos⁷⁸.

A medida que las generaciones avanzan y aumentan las ramas familiares, la propiedad se fragmenta. Puede ocurrir que cada hermano haga sus propios planes para transferir su participación a sus hijos sin consensuar un plan global de propiedad de la empresa, lo que no contribuirá en absoluto a la conservación.

En los últimos años hay posturas que se inclinan por defender la sucesión por un equipo de personas como alternativa a un sucesor único sin embargo otras opiniones mantienen que la sucesión por un equipo no es más que el reflejo de la falta de decisión en la elección del sucesor. En nuestra opinión, esta última opción, nos parece más arriesgada para la empresa familiar al ser más proclive al conflicto y poder llegar a romper la unión e incluso disgregar la propiedad.

En síntesis, cuando el proceso se plantea adecuadamente resulta posible su culminación con éxito, como puede constatarse en varias empresas aunque cada sucesión será única porque cada empresa evoluciona de una manera diferente⁷⁹.

III. CONEXIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO SUCESORIO

La protección del patrimonio familiar y empresarial requiere una adecuada organización de las relaciones familiares y empresariales para lo que se hace necesario coordinar instrumentos propios del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones. Surge, así que, a unas disciplinas propias del Derecho civil las unimos un componente económico-mercantil que tiene como resultado el patrimonio empresarial familiar.

⁷⁸ LANSBERG, I.: “La influencia de la estructura de propiedad en la sucesión”, en *La sucesión en la empresa familiar. Casos reales narrados por sus protagonistas*. AA.VV. (Coord. AMAT, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2004, p. 89.

⁷⁹ Al efecto, NOGALES LOZANO, F, *op. cit.*, p. 21, señala que las empresas familiares que continúan más allá de la generación fundadora han tenido un fundador que ha inculcado la idea de *empresarialidad* en su familia.

El régimen económico matrimonial y la sucesión son aspectos que muchas veces presentan una estrecha vinculación. En concreto, las previsiones capitulares y sucesorias son instrumentos de planificación que facilitan la transmisión, conservación y unidad de la empresa, en aras de evitar la dispersión en la titularidad y el acceso a la misma de personas ajenas al núcleo familiar. Por ello, se deben adoptar las máximas previsiones posibles respecto al futuro cambio generacional y articularlas en instrumentos que permitan regular las relaciones entre familia y empresa.

En lo que respecta al protocolo familiar, en relación a lo expuesto anteriormente, y dejando a salvo lo que trataremos sobre este instrumento en el capítulo siguiente, al que nos remitimos, tan solo señalamos que los pactos que se contienen en el mismo sobre materia sucesoria deben estar coordinados con las capitulaciones matrimoniales y el testamento, por la razón de que afectan al régimen económico matrimonial de los socios y a la sucesión de la empresa familiar. Lo que se pretende con la incorporación de estos pactos es tratar de planificar el futuro de las relaciones de la familia con la empresa y el cambio generacional⁸⁰.

Nuestro trabajo se centrará en analizar los mecanismos normativos que nos proporciona el ordenamiento jurídico y en hacer propuestas de *lege ferenda*, en la sucesión *mortis causa* del empresario persona física -sea una o varias, familia o familias-, sin perjuicio de que la empresa como unidad productiva puede adoptar forma

⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la familia*. V. VIII. AA.VV. (Dir. CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA, M) Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, p. 1116. “La preocupación principal que se deriva de los protocolos familiares es la de asegurar su eficacia”. El informe del Senado sobre la problemática de la empresa familiar del año 2001 señala: “La doctrina especializada, ha puesto de relieve la íntima conexión existente entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar, ya que ello supone la necesidad de prever con anterioridad la planificación estratégica del cambio generacional, la búsqueda del consenso en el ámbito de la familia y en el propio ámbito empresarial, la separación necesaria de los patrimonios y los criterios familiares y los puramente empresariales y en definitiva, la participación de la siguiente generación en las tareas que hasta entonces desarrolló el fundador. Ciertamente, que el protocolo familiar debe considerarse como un punto de salida y no como una meta, ya que entendiendo como tal el acuerdo documentado que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad, no tiene el carácter de permanencia ni puede abarcar, con criterios de generalidad e igualdad, las muy distintas y peculiares situaciones en que se encuentran las empresas familiares, y sobre todo, no es un instrumento estratégico-empresarial ni de gestión o planificación económica.” *Vid.* SÁNCHEZ –CRESPO CASANOVA, A. J, *op. cit.*, p. 100.

En lo que concierne a la institucionalización del protocolo familiar, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán”, *op. cit.* p. 55, “en ausencia de una reforma del Derecho de sucesiones, es solución claramente insuficiente si de lo que se trata es de asegurar la estabilidad de la empresa familiar,” señala además que el protocolo en si mismo carece de virtualidad práctica sin los correspondientes negocios “satélites” a los que se refiere; negocios jurídicos de ejecución que pueden ser familiares, como el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sucesorios, testamentos o pactos sucesorios, o estrictamente societarios/asociativos.

societaria, en cuyo caso será necesario coordinar el testamento y capitulaciones matrimoniales con los estatutos sociales y pactos de socios⁸¹.

El testamento como instrumento de transmisión *mortis causa* del patrimonio familiar a la siguiente generación es fundamental porque si no se realiza la planificación sucesoria, será la ley la que determine la sucesión del empresario, con el consiguiente riesgo que supone para la continuidad de la empresa: reparto igualitario entre los herederos del fundador -lo contrario a lo que la sucesión en la empresa familiar demanda- y usufructo al cónyuge viudo⁸².

El principal obstáculo que encontramos en este ámbito surge cuando el patrimonio hereditario extraempresarial es insuficiente para pagar las legítimas del resto de los herederos, a los que no ha sido atribuida la empresa, o este patrimonio está formado únicamente por la empresa. El art. 1056.2º CC contribuye a paliar en parte este problema, al permitir el pago de la legítima con el valor económico de los bienes, que en caso contrario, podría tener como resultado la división de la empresa entre los legitimarios. De esta manera, favorece la conservación y mantenimiento de la empresa en manos de la familia.

Previo a cualquier aplicación de los distintos instrumentos jurídicos que nos lleve a planificar el tránsito de la empresa de unos familiares a otros, habremos de considerar la coexistencia de los Derechos forales con el Derecho común. Así, al convivir en territorio español varios derechos, existen diferencias en cuanto a las figuras

⁸¹ Tratándose de esta clase de empresario la sucesión y la transmisión de la empresa queda sometida a las normas de Derecho Civil, en concreto régimen económico y de sucesiones. *Vid.* PARRA LUCÁN, M. A.: “La sucesión de la empresa. Algunos problemas que se plantean en la sucesión legal de la empresa individual. En especial, la responsabilidad por deudas” en *Actas de los Undécimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Noviembre 2001, p. 114, en el caso de que adopte la forma societaria, la atribución de participación debe asegurarle al sucesor el control de la empresa dentro del círculo familiar. Para conservar la propiedad de la empresa o la mayoría decisiva en el poder, la familia suele limitar las transmisiones. La planificación de la sucesión tiene que completarse con la modificación de estatutos para contemplar acciones o participaciones sin voto, derechos de adquisición preferente al fin de que no ingresen terceros indeseados o limitando la transmisibilidad. *Vid.* SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces para la transmisión de la empresa familiar en el Derecho sucesorio catalán”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA.VV. (Coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 116.

⁸² A este respecto, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 435, en su opinión, la sucesión intestada no favorece al cónyuge viudo al que tan solo la ley le atribuye los derechos de usufructo que por legítima le corresponden. El ordenamiento español es el único de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes y es el único que llama a todos los ascendientes con preferencia al cónyuge. Incluso, los colaterales privilegiados son llamados antes que el viudo a la intestada.

jurídicas, su régimen normativo y sus limitaciones. Resulta sorprendente que siendo la misma realidad social y estando ante el mismo supuesto objeto de regulación, existan ciertas disparidades entre sus normativas, siendo en algunos casos muy significativas. De esta realidad se percato la Ponencia de Estudio constituida para el estudio sobre la problemática de la empresa familiar, en cuyo informe (página 28) señalaba:

En el ordenamiento español, en el ámbito de derecho civil nos encontramos con el derecho común y con los derechos forales, con las diferencias que se plantean en materia de economía del matrimonio y sucesión, aspectos fundamentales para el cambio generacional en la empresa familiar. Como de otro lado, la normativa privada, y concretamente los preceptos del ordenamiento civil, no son uniformemente aplicables en todo el territorio español, alguno de los comparecientes y muchos de los especialistas, han constatado que no a todas las Comunidades Autónomas les resulta de aplicación la misma normativa, con lo cual en función de la adscripción, algunas empresas familiares se ven en mejor o peor situación que otras para gestionar y afrontar la sucesión, ya que en unos sitios se admite la posibilidad de establecer pactos sobre la herencia futura y en otros no. Así, se ha dicho «.....que la empresa familiar vaa tener que luchar en su desarrollo contra una serie de normas que se redactaron ajenas a las circunstancias que rodean a esta modalidad de empresa y, en consecuencia, no dan una solución que facilite la continuidad de las empresas familiares».

Aún con las limitaciones y dificultades existentes, por las limitaciones que impone el Derecho de sucesiones para la disposición de los bienes *post mortem*, la organización de la sucesión por el propio empresario impedirá situaciones de amenaza para la continuidad de la empresa como puede ser el caso de la comunidad hereditaria. En relación a ello, se han planteado en los últimos años como objeto de debate jurídico distintas cuestiones sucesorias, entre ellas, la transmisión de la empresa familiar, por el riesgo que existe de desintegración tras el fallecimiento de su fundador. Ya apuntaba DELGADO ECHAVARRIA⁸³ que la sucesión en la empresa familiar y la protección de

⁸³ DELGADO ECHAVARRIA, J.: “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)” en *Nul. Estudios sobre invalidez e ineficacia* nº1, 2009, p. 11. *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson, Sevilla, 2010, p. 182, las diversas cuestiones que se plantean son la atribución o no de los derechos sucesorios *ex lege* a las uniones estables de pareja, el reforzamiento de la posición jurídica del viudo, al

las personas con discapacidad son objetivos que fácilmente darán lugar a renovadas propuestas de modificación.

La razón por la que las proposiciones de reforma en el Derecho de sucesiones se incrementan con respecto a otras ramas obedece a las implicaciones familiares, sociales y económicas que conlleva, que hacen que despierte mayor interés⁸⁴.

La implicación que el Derecho de familia y el Derecho sucesorio tienen para la empresa deriva de la repercusión que puede tener una ruptura matrimonial o un testamento mal diseñado, o la inexistencia del mismo sobre el patrimonio familiar y empresarial. Así, una previsión y regulación adecuada de las crisis matrimoniales y de

frente de la unidad familiar tras el fallecimiento del otro cónyuge, la ampliación de la libertad de testar frente a un rígido sistema legitimario, la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima como *pars valoris* en lugar de *pars bonorum*, la necesidad o no de flexibilizar la actual doctrina jurisprudencial sobre las causas de desheredación, con la eventual introducción de otras nuevas ante realidades como el abandono material y afectivo de algunos progenitores por sus descendientes, la conveniencia o no de alterar el orden sucesorio en la intestada, anteponiendo al cónyuge viudo a los ascendientes del causante.

La propia evolución de la familia, con la aparición de nuevas formas de relación, a las que se ha intentado encajar en nuestro ordenamiento, ha propiciado cambios para permitir adaptar estas situaciones a la nueva realidad social. “Ofrece pocas dudas que es en el ámbito del Derecho de familia donde el fenómeno de la llamada posmodernidad se manifiesta con caracteres más disolventes. Disolvente de las estructuras familiares y, por consiguiente, disolvente social”. CANTERO NUÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho: El urgente regreso a la sensatez”, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., GARRIDO CHAMORRO, P. J.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, p. 655, “mientras que en la *modernidad* las relaciones familiares eran de *subordinación*; en la *posmodernidad* las relaciones familiares son de *coordinación* con una fuerte tendencia a la privatización de los asuntos familiares”. KRASNOW, A., CALCATERRA, G.: “Introducción a la empresa de familia”, en *Empresas de familia*. AA.VV. (Dir. CALCATERRA, G., KRASNOW, A.) Ed. La Ley. Buenos Aires, 2010, p. 86.

También, ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 584, “el Derecho sucesorio siempre ha estado condicionado por los modelos familiares. De ahí que la autonomía privada viene muy condicionada por los intereses de la familia que se quieren proteger. Sin embargo, el Derecho sucesorio no evoluciona tan rápidamente como la familia.” Se replantea si el Derecho sucesorio está cumpliendo realmente sus funciones de ordenación y atribución de bienes e incluso si cumple una función social por el cambio que se experimenta en la sociedad del descenso de número de hijos y más personas que optan por no tener descendencia y el aumento considerable de los patrimonios familiares.

⁸⁴ En Alemania, el Proyecto de Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción de 24 de septiembre de 2004 (BGBl. I, 3142-3144) explicaba que era necesaria la reforma del derecho sucesorio para adecuar esta parte del derecho a la evolución social que se caracterizaba por:

- a) El incremento de las parejas no casadas y de hijos no matrimoniales.
- b) El aumento de las familias reconstituidas con hijos procedentes de un matrimonio anterior, lo que refuerza el rol social del padre/madre de la nueva pareja del progenitor biológico pero también contribuye a distanciar los vínculos con el padre/madre biológico con el que el hijo no convive.
- c) El incremento de la movilidad de la población a otros territorios, como consecuencia del cambio en las estructuras tradicionales de prestación laboral, lo que contribuye a relajar los vínculos familiares, y finalmente
- d) El aumento de la esperanza de vida, que hace crecer el número de personas que requieren asistencia y que, en la mayoría de casos, se presta en casa por parte de los familiares.

ARROYO I AMAYUELAS: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania” en *InDret* [En línea], número 1, 2010, p. 5.

la sucesión del cónyuge empresario, evitará la entrada de personas ajenas a la familia que puedan poner en peligro el mantenimiento de la propiedad en manos de la familia⁸⁵.

La Exposición de motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares ya puso de manifiesto las dificultades que existían en la articulación de la sociedad conyugal y la sucesión de la titularidad de la empresa familiar:

Realmente, la inclusión de estas normas constituye exclusivamente una llamada de atención sobre la lícita posibilidad en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, de dar solución a dos supuestos de hecho. El primero, el de la sociedad conyugal -no necesariamente de gananciales-, disuelta y no liquidada, ya sea o no por fallecimiento del titular y en la que el socio puede, en su caso, ser supérstite. En este supuesto se pretende prever, en estatutos, las relaciones del socio con la sociedad al no poder considerarse automática la designación de representante por no constituir una comunidad en sentido estricto. El segundo, la lícita posibilidad de designar un representante sucesorio por el causante titular de las participaciones, para facilitar el ejercicio de socio constante de la comunidad hereditaria.

En definitiva, se trata de que los instrumentos jurídicos posibiliten la transmisión de la explotación de manera unitaria, finalidad que se conseguirá flexibilizando el sistema, atemperando la rigidez de ciertas instituciones y conjugando el margen de autonomía de la voluntad de la que pueda hacer uso el empresario, al estudio de estos instrumentos dedicaremos el capítulo siguiente⁸⁶.

⁸⁵ En este sentido, afirma MARTÍNEZ ESCRIBANO, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., RAGA SASTRE, N.: “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en *Tratado de Derecho de la familia*. Vol. III (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M.) Ed. Aranzadi, Navarra 2011, p. 495, que la ruptura de la pareja es una de las cuestiones que, junto al fenómeno sucesorio y el régimen económico del matrimonio más puede afectar a la empresa familiar.

⁸⁶ Al efecto, REYES LÓPEZ, M. J.: “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, en *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. AA.VV. (PLAZA PENADES, J.) Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 72, “la preservación de la continuidad de la empresa familiar requiere valerse de los instrumentos sucesorios necesarios mientras que su conservación precisa la utilización de los mecanismos necesarios en vida con el fin de no dispersar el patrimonio familiar. Por ello, con carácter previo a la sucesión, una de las cuestiones que deberá contemplar un matrimonio, en el que uno o ambos sean empresarios, será la concerniente a la elección de su régimen económico”.

CAPÍTULO SEGUNDO: INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL

PARTE PRIMERA: INSTRUMENTOS GENERALES: CAPITULACIONES MATRIMONIALES, PACTOS PREMATRIMONIALES Y TESTAMENTO

I. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. De la relevancia del matrimonio y la evolución del modelo tradicional de familia

En la sección 2ª “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, capítulo segundo, Título I de nuestra Constitución, el art. 32. 1 configura el derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental. No en vano, matrimonio y familia son dos instituciones que han sido estudiadas desde antiguo por diversas disciplinas, -entre ellas el derecho-, debido a la gran relevancia que tienen para la sociedad. Además, la familia desde siempre ha estado sometida a un constante cambio, como ya se expuso en el epígrafe 3 del anterior capítulo⁸⁷.

⁸⁷ Han aparecido nuevos modelos de familia que han tenido incidencia en la empresa familiar como consecuencia de la evolución social. El Código Civil no contempla toda la casuística posible, por lo que en este ámbito rige el principio de autonomía de la voluntad entre los miembros que conforman los distintos modelos para regular sus relaciones. Al efecto, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el derecho”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 2421, refiere: “La asunción de la familia por las Constituciones supone, sin duda, una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. Se trata pues de reconocer una realidad preexistente como es la familia, y moldearla jurídicamente de acuerdo a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional”. Afirma asimismo, que “la novedad de la Constitución española no reside en la consagración de los derechos fundamentales en las relaciones de familia, pues en este punto no se hace más que recoger lo que al respecto ya se había proclamado en todos textos, sino en el distinto tratamiento que se le dispensa al matrimonio y a la familia. Se refiere al matrimonio en el art. 32, dentro de los derechos fundamentales, y en el art. 39 a la familia, para imponer a los poderes públicos su protección social, económica y jurídica, en el Capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica. (...) La peculiaridad reside en que las normas que regulan a uno y a otra tienen distinto grado de eficacia; de ahí que su influencia en la disciplina constitucional de la familia deba ser diferente”. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 289. Por su parte, GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: “El matrimonio, realidad social e institución jurídica”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, p. 65-66, señala que del estudio conjunto del art. 32 y 39 CE se deduce: “- La Constitución Española garantiza el derecho a casarse, y considera al matrimonio como un valor positivo, al ser el procedimiento normal de formación de la familia.

- Al mismo tiempo, se reconoce el derecho a no casarse (art. 10.1 en relación con el art. 32.1 CE), que es el derecho a que no se considere casados a las personas que no han manifestado expresamente el consentimiento matrimonial, y es que la esencia del matrimonio radica en el consentimiento matrimonial.
- No puede extraerse del texto constitucional un supuesto derecho a constituir una unión libre.

A pesar de que ambas instituciones son distintas, están conectadas entre sí, y son objeto de protección constitucional, en tanto que aseguran al individuo el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes de que es titular⁸⁸.

El matrimonio se ha considerado el instrumento más adecuado para la creación de la familia -reproducción, crianza y educación de nuevos miembros de la comunidad-. La finalidad que ha tenido el matrimonio-familia en las distintas épocas ha sido precisamente la conservación del grupo social mediante el relevo generacional⁸⁹ y aunque el matrimonio siga siendo el modo más habitual de formar una familia, no debe identificarse a este con la propia familia, pues ni siquiera sirve ya para las finalidades que históricamente se le atribuyeron e incluso se podría llegar a afirmar que basándonos en la realidad social actual, es la filiación el elemento determinante de la familia, ya que las obligaciones de los padres trascienden el matrimonio y subsisten, y los hijos seguirán teniendo derechos sucesorios⁹⁰.

Así, podemos constatar que en nuestra sociedad, se ha incrementado el número de personas que conviven sin estar casadas, -las denominadas parejas de hecho-, y que es generalizado en el resto de los países europeos.

También, las familias recompuestas o reconstituidas son una forma familiar cada vez más presente, debido al número de divorcios y rupturas que se producen y que con frecuencia, generan situaciones de conflicto familiares y que trascienden a la empresa. Lo que caracteriza a esta tipología de familia es su coexistencia con el nuevo vínculo que se crea, de modo que el vínculo matrimonial o de la pareja de hecho se rompe pero los vínculos parentales con los hijos anteriores permanecen y al surgir multiplicidad de vínculos, las relaciones que resultan son complejas⁹¹.

- No puede entenderse la unión libre como una situación análoga al matrimonio”.

⁸⁸ Así lo refiere ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social*, op. cit., p. 76.

⁸⁹ Vid. SOUTO PAZ, J. A., op. cit., p. 25.

⁹⁰ ROCA TRÍAS, en ROCA TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, op. cit., p. 46-47, si bien, como señala, el derecho es tozudo y sigue manteniendo el matrimonio como elemento básico en la formación de la familia y ello aunque la identificación entre ambos elementos no pueda ya darse. Como explicita VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, op. cit. p. 439, “es un hecho notorio que la protección de los hijos de padres en convivencia *more uxorio* ha contribuido al reconocimiento de estas parejas”. Además, el límite que existe en la protección de los diversos grupos familiares es precisamente la equiparación entre los hijos.

⁹¹ En España las razones del aumento pueden deberse a distintos factores, entre las que se encuentran, según determina ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social*, op. cit., p. 91, “los relativos a la mayor seguridad económica de que gozan determinadas capas sociales, para las que el matrimonio puede significar una dificultad sobre todo si se prevé su posible disolución por divorcio, la independencia entre personas de un estatus social relativamente alto, lo que incluye también a las clases medias, etc”. Respecto al modelo de familia reconstituida, es una realidad que siempre ha estado presente por los matrimonios de los viudos con hijos, lo que ocurre que en la actualidad, “el interés del tema procede de la

A todo esto fenómeno es lo que la doctrina ha denominado la “conyugalización” de la sociedad, conforme mayor es la importancia que se da a la pareja, más vulnerable se vuelve el vínculo, ya que los individuos son cada vez más exigentes con la calidad de su relación de pareja y más intolerantes con el fracaso, lo que se traduce en un mayor número de separaciones y divorcios, así como de segundas, terceras y sucesivas relaciones⁹².

De lo que es manifiesto que la sociedad no está basada en un único modelo familiar sino que convivimos con nuevos modelos de familia que se alejan del tradicional y requieren ser tenidos en cuenta por el legislador para lograr el respeto a la libertad y al pluralismo, si bien es verdad que el respeto a la libertad personal no implica necesariamente atribuir los mismos efectos, la misma protección a todas las situaciones.

La unión de hecho y el matrimonio son realidades distintas, no equiparables en una misma, pues lo contrario vulneraría la libertad de elección que tiene la persona. Por ello, no podemos olvidar que los ciudadanos son libres para organizar sus relaciones de la forma que prefieran y al derecho solo compete regular las distintas situaciones, si bien, la familia que resulte tanto de una como de otra, es merecedora de protección por el ordenamiento⁹³.

amplitud de situaciones que dan pie a que surja un grupo familiar de esta índole, por la mayor flexibilidad de la ruptura de la relación conyugal a través del divorcio y constitución de nuevas situaciones convivenciales *more uxorio*”, tal como señala EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *op. cit.*, p. 43.

⁹² FREIRE BARRAL, G.: “La incidencia de la situación familiar en el otorgamiento del testamento notarial, una aproximación práctica”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 85.

⁹³ *Vid.* PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” en *Diario La Ley* nº 7675, 2011. También, CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “Unión de hecho y matrimonio” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 76, octubre-diciembre 2010, p. 27, “actuar como si estas diferencias no existiesen, como si estos efectos no se produjesen, como si la única variable a considerar en todo este asunto fuese la libertad individual entendida, no como capacidad de asumir un compromiso y responsabilizarse del mismo, sino como ausencia de vínculos puramente negativa y en presente continuo, es un error conceptual, estratégico y sociológico, que pasara factura inexorable a la sociedad que lo cometa. Regular la unión de hecho y el matrimonio con la expresa intencionalidad de aproximarlos hasta confundirlos en una única realidad legal y social, es prestar un flaco servicio a la sociedad y a los ciudadanos”. Al respecto, PUIG FERRIOL, L.: “Constitución y protección de la familia”, *op. cit.*, p. 185, “debe partirse de una afirmación inicial, como es la de que la protección que el art. 39.1 de la Constitución dispensa a la familia, no se concreta a la familia matrimonial, sino a todo grupo familiar creado dentro o al margen del matrimonio que según la realidad social de nuestro tiempo merezca la consideración de familia. Por ello, tanto la familia matrimonial, como la derivada de una unión estable de pareja o la denominada familia monoparental, es merecedora de la protección que deben dispensarse los poderes públicos en el orden social, económico y jurídico según el art. 39.1 CE. (...) Pero queda pendiente un último punto de reflexión, como el de si una vez admitido que desde la vigencia de la Constitución el concepto de familia no se limita a la matrimonial, si ello debe suponer que haya de establecerse una equiparación, con el fin de evitar discriminaciones injustificadas ex artículo 14 de la Constitución, entre el matrimonio y las uniones estables de pareja. La respuesta negativa se impone a la

Así, el Derecho privado y la legislación civil especialmente han tenido que adaptarse y evolucionar para reflejar las realidades de la familia actuales, lo que ha dado como resultado el tener que constatar que la visión de la familia -por sus distintas modalidades, variedad de situaciones y rasgos cambiantes- ya no pueda ser una unitaria sino que ha de ser forzosamente pluralista⁹⁴.

Por ello, es acertada la clasificación de FERRER VANRELL⁹⁵ para explicar el origen de la regulación de un conjunto de relaciones de carácter familiar, que surgen de

vista de las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la materia, de las cuales resulta que la Constitución no identifica a la familia a la que manda proteger con la que tienen su origen en el matrimonio pero se estima compatible con el artículo 39.1 de la Constitución que los poderes públicos otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio a que otras unidades convivenciales, siempre que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que deciden convivir *more uxorio*”.

En opinión de CANTERO NUÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho: El urgente regreso a la sensatez”, *op. cit.*, p. 662, “desde el punto de vista civil, nos encontramos con la paradoja de que quienes creen en el matrimonio no se sienten identificados con su contenido normativo actual y, a quienes, no creen en él y quieren mantener una convivencia al margen del derecho (constitucionalmente garantizada, toda vez que el derecho a contraer matrimonio sólo se explica si al mismo tiempo, existe el derecho a no contraerlo), se les terminan imponiendo las consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio, en algunas comunidades incluso al margen de su voluntad. Este sin sentido perjudica al matrimonio y perjudica a las auténticas uniones de hecho y de ello salen perdedores los ciudadanos que deciden libremente optar por una u otra forma de convivencia, al tiempo que se incita a la utilización de las instituciones en fraude de ley”. En el mismo sentido, LEGERÉN MOLINA en: CANTERO NUÑEZ, F. J., LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho,” *op. cit.*, p. 368-369, “no procederá aplicar los efectos del matrimonio, ni siquiera por analogía, pues o bien existe un impedimento para contraerlo o bien no se desea contraerlo, y el ordenamiento -por congruencia consigo mismo en el primer caso, y por respeto a la libertad y a la voluntad de las personas en el segundo- no puede tratar de modo igualitario situaciones diferentes; pero ello no impide que, a fin de evitar un perjuicio, un abuso, o una injusticia, sean de plena aplicación otras normas e instituciones del Derecho común o los mismos principios generales, pues de los hechos lícitos y puramente voluntarios pueden resultar obligaciones recíprocas entre sus autores”. Añade que es un “fenómeno social” y que por el momento no reúnen los rasgos necesarios para ser calificados como institución jurídica. Por su parte, TENA PIAZUELO, I.: “Cabeza de familia, y lo que trae a la familia de cabeza. Consideraciones sobre las recientes reformas del derecho de familia español”, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., GARRIDO CHAMORRO, P. J.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, p. 978, “si resultase correcto que el modelo institucional de familia, amparado por la Constitución, es el que corresponde al matrimonio legal, ello obligará al mismo tiempo a que el matrimonio no sea de peor condición jurídica que las uniones no matrimoniales, lo que a su vez debe tenerse en cuenta a efectos prácticos cuando el legislador regule jurídicamente las uniones de hecho. Este *mal trato* del matrimonio podría producirse tal vez, simplemente, si se extendiera a las uniones libres la integridad del estatuto matrimonial: la situación de los casados resultaría penalizada, entre otras cosas porque los no casados tendrían libre acceso a determinadas consecuencias favorables de su situación y por otro lado no necesitarían contraer matrimonio, renunciando al derecho a romper libremente la unión”.

⁹⁴ En este sentido se expresa GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia y el derecho de la familia”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, p. 36-37.

⁹⁵ FERRER VANRELL, M. P.: “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia” en *Revista Jurídica del Notariado*, nº55, julio-septiembre 2005, p. 47. En esta misma línea, GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia y el derecho de la familia”, *op.*

tres núcleos convivenciales, y que reproducimos literalmente: i) la familia fundada sobre la base del matrimonio; ii) en segundo lugar, aquellos núcleos formados a partir de relaciones convivenciales de pareja estable; iii) y, finalmente otros núcleos que tienen como fundamento la simple convivencia, de los que derivan *ex lege* derechos y deberes de carácter familiar. Así, familia es la basada en el matrimonio, en la unión de pareja estable y también la monoparental.

En este panorama podemos observar como la sociedad española es una sociedad que ha optado por separarse cada vez más del modelo histórico de familia⁹⁶, de manera que:

1. Los matrimonios ya no son el instrumento elegido para manifestar la voluntad de estabilidad de las parejas en un mundo cada vez más inestable, ni siquiera como instrumento jurídico para dar cabida a los nuevos nacimientos.
2. Las crisis matrimoniales, cada vez más frecuentes, se resuelven mediante el divorcio, siendo la separación y la nulidad instrumentos que quedarán para supuestos poco o muy poco significativos.
3. Se prefiere el régimen de separación de bienes al de gananciales, ya que las tasas de capitulaciones se han triplicado en menos de diez años, siendo cinco veces más frecuentes las capitulaciones matrimoniales en territorios de Derecho común que en Cataluña.

A pesar de ser cierto cuanto se ha referido, no es menos cierto que las tendencias sobre la futura evolución de la familia no permiten hoy señalar una ruptura con la familia nuclear contemporánea en la forma que es vivida en las sociedades occidentales⁹⁷.

Por tanto, de lo expuesto, podemos afirmar que el matrimonio es una institución garantizada en el texto constitucional, no lo es así la unión de hecho porque sus integrantes deciden permanecer al margen del derecho para organizar sus relaciones con respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo y debe respetarse, motivo por el que a estas uniones no les es aplicable la normativa del régimen

cit., p. 40, quien opina que la doctrina que más se ajusta a la realidad social del tiempo de aplicación de las normas jurídicas así lo considera.

⁹⁶ Conclusiones extraídas por ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Acuerdos prematrimoniales. Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. AA.VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, p. 308.

⁹⁷ “Más que la aparición de un nuevo tipo de familia, de nuevas organizaciones familiares, la familia marcha, sobre todo, hacia una mayor flexibilidad”. IGLESIAS DE USSEL, J., MARÍ-KLOSE, P., *op. cit.*, p. 1122.

económico matrimonial, tal como veremos en los epígrafes siguientes. Precisamente es en este ámbito donde la autonomía de voluntad encuentra su máxima expresión, al ser la celebración del matrimonio una facultad de la pareja que puede ejercitar o no, y por ello, manifestación del derecho fundamental de la libertad del individuo, que se concreta en este caso en el derecho a contraerlo⁹⁸.

⁹⁸ La STC de 23 de abril de 2013 (Ponente: ASUA BATARRITA. N° de Sentencia 093/2013) así lo ha establecido en el fundamento jurídico cinco. (...) *Importa en este momento destacar que, como afirmamos en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras que “nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. En el caso que ahora analizamos se aborda la regulación de una realidad social, la de las parejas estables unidas por una relación afectiva que se desarrolla al margen del matrimonio, cuya existencia puede reconocer el ordenamiento jurídico desde diversas perspectivas, pero sin que ello implique, per se, una equiparación con el matrimonio constitucionalmente garantizado.*

Al respecto, GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: “El matrimonio, realidad social e institución jurídica,” *op. cit.*, p. 69, “la Constitución considera el matrimonio como procedimiento normal de formación de la familia; cuando se han querido contemplar otros grupos familiares, distintos de la familia matrimonial, se ha hecho expresamente: igualdad de hijos y madres, investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos, con independencia de su filiación, etc”.

En el ordenamiento catalán se reconoce al superviviente los mismos derechos sucesorios que al cónyuge siempre que se reconozca como pareja de hecho por la convivencia ininterrumpida durante dos años, o bien tener un hijo en común mientras dura la convivencia, o bien formalizar la relación en escritura pública. La razón se debe a que al permitirse contraer matrimonio entre sí a personas homosexuales, exigía en Cataluña, o bien derogar los derechos que la pareja homosexual ya tenía reconocidos, o bien ampliar los de la pareja heterosexual no casada y se optó por esto último. ARROYO I AMAYUELAS, E., ANDERSON, M.: “Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. VV.AA (Coords. CUENA CASAS, M., et. al) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, p. 1712.

Por su parte, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 312, señala que estamos ante una de las paradojas en las que se desenvuelve el Derecho de familia en la actualidad, “la confrontación de modelos de relación a los que difícilmente se les puede encontrar una lógica si nos desenvolvemos exclusivamente en el plano normativo, y más en concreto, si nos atenemos a la disciplina jurídica que identificamos tradicionalmente como Derecho de familia. Frente a la desregulación se pide protección, junto al matrimonio flexible e igualitario se reclaman la aplicación del Derecho a estas uniones, y así podríamos seguir identificando una serie de reivindicaciones que solo se pueden explicar desde la libertad de los comportamientos individuales, propiciados por un marco constitucional que ampara los derechos fundamentales de las personas por encima de la institucionalización de modelos familiares”.

En el Derecho civil francés existe el “pacto civil de solidaridad”. Tal como lo define el art. 515-1 del Código Civil francés es “un contrato concluido entre dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo para organizar su vida común. *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*”. La principal diferencia que persiste entre matrimonio y miembro del pacto civil de solidaridad es de orden sucesorio. LEMOULAND J. J.: “Convergencia de los efectos patrimoniales de las diferentes formas de conyugalidad en Francia” (trad. ALMIRAULT, M.) en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 649.

A este respecto, FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*. Ed. Bosch. Barcelona, 2011, p. 206, observa como el legislador ha organizado, en provecho de los convivientes, un verdadero régimen de pareja que es de naturaleza esencialmente patrimonial, pero que, a semejanza del matrimonio, también contiene determinados elementos de naturaleza personal como el deber de vida en común y la obligación

En otro orden de cosas, el matrimonio, además de los efectos personales que se recogen en el art. 68 del Código Civil, produce efectos patrimoniales o económicos, que repercuten en la propiedad y gestión de los bienes e interesan a nuestro objeto de estudio por la afectación que puedan tener en el patrimonio del empresario; de modo que la incidencia que tenga sobre la empresa dependerá del régimen económico que rijan su matrimonio y constituye esta, razón suficiente para la necesaria regulación y ordenación de los referidos efectos, con la finalidad de preservar el patrimonio empresarial dentro de la familia⁹⁹.

Distinto es el caso de las parejas de hecho, en las que no se genera ningún patrimonio común, salvo que se constituya en cotitularidad “ad hoc” porque no hay más patrimonio que el que corresponda a cada uno de sus integrantes. Sin embargo, si la voluntad de los convivientes es dotar a ese patrimonio de un régimen diferenciado, deberán establecer los pactos correspondientes, haciendo uso de la facultad de autorregulación de la que disponen y con el propósito no solo de ordenar sus relaciones durante la convivencia si no también como medidas preventivas ante una posible ruptura de la convivencia¹⁰⁰.

2. La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus relaciones familiares y patrimoniales

2.1. Facultad de autorregulación

de asistencia recíproca o ayuda mutua. HERAS HERNÁNDEZ en: MEDINA ALCOZ, M., HERAS HERNÁNDEZ, M., IGLESIAS CARIDAD, M.: “Capitulaciones Matrimoniales, Pactos Prenupciales y Pactos de organización económica de las parejas estables no casadas”, en *Contratos*. T. VI. AA.VV. (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.) Ed. Aranzadi, Navarra 2014, p. 618, señala que la suscripción de los pactos de organización económica de las parejas no casadas, como así lo denomina ella misma, persiguen como finalidad práctica adoptar “las ventajas que conlleva la autorregulación de los intereses económicos, diseñándose regímenes patrimoniales “a la carta” o con efectos *ad hoc*, es decir, atentos a las circunstancias concretas de cada pareja, por ejemplo existencia de hijos no comunes, existencia de patrimonios previos de cierta envergadura o el nada desdeñable deseo de desjudicializar los conflictos patrimoniales surgidos tras el cese de la convivencia, con el consiguiente abaratamiento de costes que ello supone”.

⁹⁹ Obsérvese que el matrimonio produce efectos patrimoniales o económicos no solo entre los cónyuges si no también en sus relaciones con terceros. Al efecto, CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “Los regímenes económicos matrimoniales” en *La Notaria*, núm. 42, 2007, p. 71, “el conjunto de normas reguladoras de los efectos patrimoniales del matrimonio tiene que dar respuesta a las siguientes cuestiones: Titularidad jurídica; administración y disposición; obligaciones y responsabilidad”.

¹⁰⁰ Vid. LLEBARÍA SAMPER, S.: “El patrimonio de las parejas de hecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 399, “ni siquiera supletoriamente es posible introducirles algún tipo de patrimonio común y/o separado. (...) La formación de un patrimonio común, separado o no, debe corresponder a la libre y recíproca voluntad de los convivientes, se exprese de la manera que se exprese, siempre que sea reconocible por los medios admitidos en Derecho, y válida según este”.

Uno de los ámbitos en los que se manifiesta la libertad humana es en la autonomía de la voluntad¹⁰¹, esta faculta al empresario para ordenar sus relaciones y planificar su sucesión de la manera que crea más conveniente para los intereses de la empresa y de la propia familia; dentro del ámbito familiar, en las relaciones patrimoniales, es donde la autonomía privada permite un mayor margen de actuación. Sin embargo, estos intereses pueden confrontar con la protección que le otorga el ordenamiento a la institución de la familia, que en nuestro caso lo centraremos en el régimen económico matrimonial y en la libertad de testar.

Precisamente, la voluntad privada permite prever ciertas situaciones y acordar mecanismos de solución, adaptados a las necesidades particulares, que en el aspecto matrimonial se refleja en la facultad de regulación que tienen los cónyuges para otorgar capitulaciones matrimoniales -tanto de los derechos y obligaciones familiares durante el matrimonio como los efectos de una posible ruptura-, si bien, tradicionalmente este instrumento se ha reducido en gran medida a la elección del régimen económico matrimonial. Aunque es cierto, que se está experimentando una mayor autorregulación por los cónyuges, principalmente por el convencimiento de la necesidad de ordenar las nuevas situaciones patrimoniales surgidas con motivo del matrimonio¹⁰². Este incremento se constata, en general, en el conjunto del Derecho de familia, tal como señala PARRA LUCÁN¹⁰³, “se ha producido en el moderno Derecho de familia lo que

¹⁰¹ Vid. ROCA I TRIAS, E: “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis,” en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 2115, “el fundamento de la autonomía familiar es, sin duda, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los sujetos implicados”.

¹⁰² En este sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja”, en *La autonomía privada en el Derecho Civil*. AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, p. 193, “la elección del régimen es una de las principales manifestaciones de la autonomía de la voluntad, probablemente la más decisiva, que debería adoptarse con cierto criterio y responsabilidad según las variantes presentes en cada matrimonio, de manera que se intente actuar del modo más operativo y adecuado al caso particular”.

¹⁰³ “El principio de autonomía de la voluntad permite crear reglas de conducta: supone el reconocimiento de un ámbito de libertad de los individuos frente a la intervención estatal. De ahí que quede excluida, o al menos muy reducida la autonomía de la voluntad en los ámbitos en los que el Estado pretende conseguir fines generales. El escaso papel que desempeña la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia se corresponde con una visión de la familia exclusivamente como instrumento social para la procreación y socialización de los ciudadanos. Por ello, el desplazamiento a favor del Estado de funciones que en el pasado cumplía en exclusiva la familia en ámbitos como la educación y crianza de la prole o la asistencia de enfermos y ancianos, va acompañado de una progresiva ampliación de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad de las personas para configurar sus relaciones familiares”. PARRA LUCÁN, M. A: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 116-117, de hecho, las propuestas de reforma tanto en el Derecho de familia como en el de sucesiones se dirigen a aumentar la libertad personal. Será el ordenamiento el que tendrá que canalizar esta voluntad de las partes y conciliarlo con los límites legales. En su opinión, “el debate debe centrarse en la idea que el

se ha dado en llamar la “contractualización” del Derecho de familia, en el sentido de que las relaciones familiares se abren al juego de la autonomía de la voluntad”.

Con la autorregulación se pretende que las partes puedan configurar las relaciones y adaptarlas a sus propias circunstancias e intereses y en este ámbito, no solo alcanza a la capacidad que tienen los cónyuges para poder regular el régimen económico matrimonial cuando el modelo existente no les ofrece las soluciones que necesitan y evitar la aplicación del régimen legal sino también la de ordenar las consecuencias en caso de ruptura; de modo, que el empresario dispone, dentro de su margen de libertad, de un gran abanico de alternativas para conjugar sus intereses y necesidades. Así, podrá adaptar los regímenes convencionales, combinarlos o incorporar nuevos pactos para la organización y protección del patrimonio, como los de contenido sucesorio aunque en esta materia es donde más limitada se encuentra su voluntad por el

respeto al principio de igualdad y a la libertad aconseja establecer para las situaciones no formalizadas un régimen dispositivo, lo que dotaría de previsibilidad a los conflictos planteados pero respetaría al mismo tiempo la voluntad de las partes”. *Vid.* PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia,” *op. cit.* En la misma línea, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia*. Tomo VI. 12ª ed. Madrid, 2013, p.8, “la tensión existente entre la general imperatividad de las normas de Derecho de familia y el limitado alcance de la autonomía privada en las últimas décadas, parece, pues, haber cambiado de signo, ya que verdaderamente la capacidad de autorregulación de sus expectativas e intereses por parte de los miembros de la familia no resultaría correcta explicarla recurriendo a la vieja técnica de afirmar que la imperatividad es la regla y la autonomía privada la excepción.

Igualmente, SORO RUSSEL, O.: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación. Génesis y contenido actual*. Ed. Reus. Madrid, 2016, p. 131 y 139, “parece que la imperatividad que tradicionalmente ha caracterizado al derecho de familia se ha suavizado en los últimos años a favor de un mayor reconocimiento de la capacidad de autorregulación de los miembros de la familia que, pese a todo y en comparación con el ámbito contractual, sigue siendo bastante reducida.”(...)“La libertad de determinación y configuración del régimen económico-matrimonial por parte de los cónyuges es un principio básico de nuestro ordenamiento que, en definitiva, no hace más que reconocer, una vez más, el alcance y significado de la autonomía privada”.

Por su parte, FIGUEROA TORRES, M.: *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 83, señala que “la ampliación de la autonomía privada en el ámbito familiar no es sino una muestra de esas transformaciones y, aunque pueda resultar contradictorio, esa autonomía ampliada debe convivir con la injerencia de los poderes públicos en situaciones familiares y con la denominada *administrativización* de las relaciones y situaciones familiares que, como es sabido, está afectando a las relaciones jurídico privadas en general, y de familia en particular”. También, PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*. Tomo II. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2009, p. 27, “tras el nuevo sistema constitucional inspirado en los principios de libertad, igualdad, pluralismo, intimidad personal y familiar, etc., se ha abierto el camino hacia una moderna configuración del derecho de familia, en el que la autonomía de la voluntad de los cónyuges va desplazando progresivamente a las normas prohibitivas de orden público o de derecho necesario, lo que por otro lado no es obstáculo para que el Estado asegure la protección social, económica y jurídica de la familia, tanto en su conjunto como individualmente a los miembros más necesitados de protección, como son los hijos”.

Por ello, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: “Divorcio y reserva de bienes” en *Anuario de Derecho Civil*. vol. 52 nº 4, 1999, p. 1403, señalaba que la caracterización del matrimonio no se agotaba en la novedad del divorcio únicamente sino que tanta transcendencia o más tenía el nuevo rol de los esposos en el matrimonio, económicamente independientes. Poder contratar entre sí es equivalente a la posibilidad de ostentar posiciones contractuales enfrentadas que canalizan intereses contrapuestos.

sistema de las legítimas, que supone una restricción a la libertad de testar, tal como veremos en el apartado segundo del presente capítulo.

En los regímenes convencionales, a diferencia del régimen legal supletorio, el margen de autonomía de la voluntad entre los cónyuges es mayor y aún en aquel, este principio les permite alterar las reglas establecidas y adaptarlas a su relación¹⁰⁴.

También cabe la posibilidad de pactar las consecuencias patrimoniales, que son de suma importancia porque es a la terminación del matrimonio cuando realmente surgen los problemas¹⁰⁵.

En definitiva, con la regulación de las relaciones familiares y empresariales, lo que se pretende en todo caso es evitar que se generen determinadas situaciones que pongan en peligro la continuidad y conservación de la empresa.

En lo que respecta a la regulación en el Código Civil, concede amplia libertad de contratación a los cónyuges para regular sus relaciones, siendo válido y eficaz cualquier pacto siempre que no contravenga lo dispuesto en el art. 1255. En cuanto a la reglamentación del régimen económico matrimonial el principio de autonomía de la voluntad encuentra su reflejo en el art. 1315 CC que les permite organizar sus relaciones, es más, el Tribunal Supremo ha venido a reconocer también autonomía de la

¹⁰⁴ *One size does not fit all and marital agreements allow couples to make the rules fit the partnership.* DETHLOFF N.: “Contracting in family law: A european perspective”, en *The future of family property in Europe* (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, p. 72.

Precisamente, “la libertad dispositiva de los cónyuges en materia de régimen económico matrimonial se manifiesta en la posibilidad de pactar la elección de un determinado régimen económico matrimonial y también en la de poder cambiarlo en un momento posterior”. FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁵ SCHERPE, J. M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, p. 444, “*in an ongoing marriage, the financial relations of the spouses are often of little importance; it does not matter very much which of the spouses owns which asset, who earns more etc. But one of the spouses dies or the marriage ends in divorce, these issues matter greatly*”.

“De lo que se trata es de prever los posibles y probables hechos que forman parte de la normal inestabilidad de la existencia humana para que, una vez acaecidos, las partes procedan a tomar la decisión que consideren más acorde con sus intereses; no que adopten ya la solución, ya que no conocen, en ese momento, si el hecho se producirá y si la solución adoptada, en un momento anterior, se corresponde con sus circunstancias e intereses en el momento en que la solución se haya de aplicar. Lo que no tiene sentido es prever anticipadamente modificaciones en caso de que acaezcan determinados hechos ya sean previsibles o no que es lo que ha hecho el legislador catalán en el art. 233-7.2 CCCat, convirtiendo el futuro en presente”. NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones”, *op. cit.*, p. 197.

voluntad a los cónyuges para pactar los efectos de las posibles rupturas matrimoniales¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Como notas que conforman y definen la autonomía privada, *vid.* ALONSO PÉREZ, M: “La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico”, en *Tratado de Derecho Civil*. T. II. AA.VV. (Dir. RAMS ALBESA, J.) Ed. Iustel. Madrid, 2013, p. 251- 252, “la autonomía privada, como manifestación de la libertad de la persona en la esfera de los negocios jurídicos, es el centro del Derecho privado. No quiere decir que absorba todo su ámbito institucional porque hay razones reservadas al estado, la capacidad de la persona, de la familia, colindantes o transversales con el Derecho público, que escapan a la autonomía de los particulares. Pero si puede afirmarse, que las instituciones más genuinas del Derecho privado, referidas al Derecho patrimonial, como las obligaciones y contratos, el goce y la transmisión de los derechos, la sucesión por causa de muerte, en nuestros días en buena medida el matrimonio, sus vicisitudes y régimen económico, las uniones extraconyugales, etc., están especialmente regidas por la libre decisión de las personas. La autonomía privada no es solo libertad de la persona para reglamentar sus propias relaciones negociales, un poder normativo de los particulares, sino también una serie de limitaciones inmanentes o intrínsecas, establecidas con carácter general en el art. 1255 CC”.

Vid. SORO RUSSEL, O., *op. cit.*, p. 88, “si la autonomía de la voluntad privada es el principio rector o básico de la contratación, la libertad de estipulación es, principalmente a través del artículo 1255 del Código civil español y junto con la fuerza obligatoria del contrato, su principal manifestación práctica”. Por su parte, ESPINERÍA SOTO, M. I.: “Contenido de las capitulaciones matrimoniales y desplazamientos patrimoniales entre cónyuges,” en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.), Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, p. 259, constata el amplio espacio que deja a la autonomía de la voluntad de los esposos el art. 1315 CC; “las capitulaciones son el lienzo sobre el que los cónyuges dibujan la organización económica de su matrimonio”.

Respecto a la libertad en la que se manifiesta la autonomía de la voluntad, *vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A.: *Teoría general del contrato*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2016, p. 55, “es la libertad de celebrar el contrato y la libertad de determinar su contenido”.

En concreto, CLEMENTE MEORO, M.: “El régimen económico matrimonial”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, p. 542, señala que “en el art. 1315 CC se explicita con toda claridad la opción del legislador por la libertad de estipulación. Son los cónyuges los que deciden cómo quieren organizar las consecuencias patrimoniales de su matrimonio, sin más limitaciones que las que el propio Código establece. Se descarta, por tanto, la imposición *ex lege* de un determinado régimen económico matrimonial, y se parte de la idea de que quienes mejor pueden organizar la economía de su matrimonio son los propios cónyuges, como principales interesados en ella.

La STS, sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 (rec. 807/2007. Ponente: ROCA TRIAS. N° de Sentencia 217/2011. Roj 2158/2011) en su Fundamento de Derecho Tercero señala que como pone de relieve la sentencia de 22 de abril de 1997, pueden coincidir en las situaciones de crisis matrimoniales tres tipos de acuerdos: “*en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.C. "Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007). (...)En consecuencia, "las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 CC"*. Así mismo, la STS de sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2015 (rec. 1984/2013. Ponente: BAENA RUIZ N° de Sentencia 572/2015. Roj 4175/2015) en el Fundamento de Derecho Cuarto apartado 7 declara que *el art. 1323 proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, con una mayor amplitud tras la reforma que en derecho de familia supuso la Ley de 13 mayo 1981. Así lo ha venido reconociendo la Sala que en sentencia, entre otras, de 19 de diciembre de 1997 afirma que los "propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no solo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos...."* Y la de 25 de mayo de 2005 reitera que “los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323)...”Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Por lo tanto, como repiten sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos

En efecto, la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, afianzo el reconocimiento de la autonomía privada -libertad de pacto- como modo de autorregulación de los cónyuges en sus relaciones patrimoniales.

Por otra parte, puede observarse como el reclamo a la autonomía de la voluntad se incrementa cada vez más porque en no pocas ocasiones el ordenamiento no se adapta a las circunstancias y necesidades concretas de los particulares y así puede constatarse en los pactos en previsión de ruptura, que permiten a los cónyuges regular un amplio contenido. Son, por ello, tanto capitulaciones matrimoniales como pactos prematrimoniales, instrumentos que permiten a los cónyuges regular sus relaciones conforme a las concretas situaciones particulares en las que se encuentran¹⁰⁷.

Aún, el protocolo familiar, como instrumento que pretende ordenar el patrimonio y prever la sucesión, regula el compromiso de los miembros familiares a otorgar capitulaciones matrimoniales o pactos de convivencia para establecer las relaciones patrimoniales, así como los efectos de una eventual ruptura matrimonial, no obstante, el problema que plantea, y que trataremos al final de este capítulo, es que el cónyuge que no forma parte de la empresa no está vinculado por su contenido, -al no haberle suscrito-, de lo que deriva la dificultad para su ejecución.

Centrándonos en el ámbito de la empresa familiar se constata la necesidad de establecer los correspondientes pactos para adaptar los regímenes existentes, o regular supuestos que estos no contemplan, o incluso invertir las reglas convencionales por los intereses y la multiplicidad de las relaciones en juego. Se trata de adaptar el régimen a los intereses de la empresa y circunstancias de la familia y por consiguiente,

para su validez (STS de 17 de octubre de 2007) En fecha reciente de 24 de junio de 2015, recogía la Sala referida doctrina.

¹⁰⁷ En este sentido, FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 84, “y no sorprende a nadie que se diga que esa tendencia no se detendrá en un futuro cercano, pues, muy por el contrario, es indiscutible que los modelos familiares no están congelados en el tiempo, sino que transmutan. Por ende, reclaman más bien, exigen, un radio mayor de aplicación para la autorregulación de las relaciones familiares, sobre todo en el ámbito concreto de las relaciones de pareja, tanto en la convivencia como en el matrimonio”. En la misma línea, SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*. AA.VV. (Coords. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S.) Ed. Bosch. Barcelona, 2011, p. 349, “la autonomía de los cónyuges en la regulación de la familia, e incluso en la ruptura del matrimonio, no es solo una manifestación de la creciente autonomía de la voluntad en la regulación de los efectos del matrimonio, sino también una manifestación de la defensa de los derechos individuales y del desarrollo de la personalidad dentro de la familia de cada uno de sus miembros, aunque ello, desde luego, no impide la existencia e imposición del interés preferente de la misma”.

configurarlo a su medida porque al ser el régimen económico una materia de libre disposición podría pactarse cualquier régimen, incluso hacer uno a medida, y a pesar de que algunos autores¹⁰⁸ consideran que dota de mayor seguridad jurídica que los cónyuges se acojan a uno de los establecidos, modificando aquello que sea necesario según las peculiaridades del matrimonio, en nuestra opinión siempre que se respeten los límites establecidos en el ordenamiento y se confeccione el régimen con el pertinente asesoramiento, no tiene porque ofrecer menor seguridad.

2.2. Límites a su ejercicio

El ejercicio de la autonomía de la voluntad, como en cualquier ámbito, no está exento de riesgos, entre los que podemos señalar la desigualdad participación de los cónyuges o convivientes en el desarrollo de la vida en común. Así, el fundamento de los límites que se imponen a dicho ejercicio lo encontramos en el art. 1255 CC, que dispone la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares y por ende, la protección de la parte más débil, buscando el equilibrio entre la protección del matrimonio como unidad familiar y la libertad individual de los cónyuges.

Algunos de los pactos que sobrepasan los límites anteriormente mencionados serían los relativos a la facultad de instar la separación y el divorcio, por ser una materia indisponible que no puede alterar el régimen legal y los relativos a los deberes conyugales, que no permiten ser objeto de ampliación ni restricción mediante pacto¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Opinión que mantiene MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*. Ed. Civitas. Navarra, 2013, p. 57.

¹⁰⁹ ROCA TRÍAS, E.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, op. cit., p. 77-79, “esta tensión existe siempre en la discusión acerca del papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares porque seguramente tienen poca razón de ser un sistema que limite la autonomía de la voluntad en la regulación del contenido de las relaciones íntimas. Eliminada en la determinación del contenido del matrimonio aunque las razones no sean muy convincentes, queda reducida a las relaciones económicas y, salvo la protección de los derechos de los terceros, o la implicación de los menores de edad o incapaces o incluso, la necesidad de excluir pactos absurdos, hay que partir siempre de la base de que las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación. Por tanto, aceptado, el sistema, lo que no resulta lógico es que se pongan límites a los pactos porque ello no responde a ninguna razón. Solo en los límites de los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes en el pacto pueden justificar determinadas restricciones. Porque, además, cuando se trata de proteger otros intereses ajenos a los de los cónyuges, ya la ley se ocupa de fijar la eficacia de tales pactos”. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGEZ, C.: “La libertad del pacto a la hora de resolver las crisis matrimoniales. La acertada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015” en *¿Hay Derecho?* [En línea] 4 de diciembre de 2015. Disponible en <http://hayderecho.com/2015/12/04/la-libertad-de-pacto-a-la-hora-de-resolver-las-crisis-matrimoniales-la-acertada-sentencia-del-tribunal-supremo-de-24-de-junio-de-2015/>. A propósito de la STS de 24 de junio de 2015, señala que debe primar la autonomía o libertad de los esposos, en ejercicio del poder que les confieren reglas como el art. 1255 o el 1253 CC, potenciándose la facultad de autorregulación, sin considerar transgredidos los límites de la ley, la moral o el orden público o la igualdad entre los esposos.

Además de las limitaciones genéricas, tienen las derivadas del principio de igualdad y del principio de libertad en la actuación de los cónyuges para evitar situaciones de sumisión de un cónyuge respecto a otro o limitación en la capacidad de gestión, administración o disposición de los bienes, si bien el art. 1328 CC no impide a los cónyuges auto limitarse sus facultades si lo consideran más adecuado para el desarrollo de su economía familiar puesto que el término igualdad se identifica con ausencia de sumisión de uno a otro cónyuge, y como reflejo de ello, reciprocidad en la libertad de pacto, por lo que no anula la libertad de autorregulación de los cónyuges, sobre todo tratándose de cuestiones patrimoniales. Así, el término reciprocidad debe entenderse como sinónimo de equilibrio y no de igualdad, de otro modo, las consecuencias a las que pueden conllevar estas consideraciones es a limitar posibles negocios entre los casados y que no tendrían que tener un tratamiento diferente del llevado a cabo por extraños¹¹⁰.

De lo que se trata es de armonizar el principio de igualdad con la autonomía de gestión de cada cónyuge, que se puede lograr mediante capitulaciones o poderes de representación¹¹¹.

Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* AA.VV. (Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Ed. Lex Nova. Valladolid 2009, p. 108.

¹¹⁰ Vid. MORENO VELASCO, V., *op. cit.*, p. 48. En el mismo sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. AA.VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, p. 147, “la libertad de contratación implica la autolimitación de los intereses de las personas, estén casadas entre sí o no, y no puede llevarse la frontera de la igualdad al extremo de impedir cualquier manifestación de la posibilidad de uno de encomendar al otro la llevanza de las incumbencias familiares o incluso de las propias”.

¹¹¹ Al respecto señala VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., *op. cit.*, p. 247, que el otorgamiento de recíprocos y amplios poderes de representación resulta más aconsejable que las capitulaciones, por ser un contrato cuya modificación depende de la voluntad de los dos otorgantes -y los contratos no pueden quedar al arbitrio de una sola de las partes- o de resolución judicial mientras que los poderes son unánimemente revocables y sin ningún tipo de limitación, por lo que el poderdante se encuentra en posición más autónoma que el otorgante de capítulos matrimoniales.

Vid. GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial. Los pactos preruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre 2011, p. 2603, “dentro de la capacidad autonormativa que a los cónyuges reconoce la ley, cabe perfectamente una configuración asimétrica de sus relaciones, siempre y cuando ello no implique la renuncia o limitación de derechos legalmente concedidos ni se construya de tal modo que pueda apreciarse un grave desequilibrio entre las posiciones conyugales que quepa identificar como atentatoria del principio de igualdad entre los cónyuges que proclama el art. 32 CE”. Igualmente, REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, *op. cit.*, p. 125, al afirmar que la cláusula será válida al entender que si se permite lo más, que es donar, no cabe justificación para impedir que se pacte que un cónyuge pueda gestionar un bien independiente.

Refieren MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, J. R., RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, R.: *Derecho matrimonial y donación*. Colección La Oficina notarial. Vol. V (Coord. MARTÍNEZ ORTEGA, J. C) Ed. Bosch. Madrid, 2014, p. 111, que “la igualdad que debe reinar en las

En este sentido, si existe una norma como el art. 1323 CC, no cabe entender ruptura de la igualdad entre los esposos cuando estos se autolimitan, pues cualquier contrato implica una restricción a la libertad de quien lo lleva a cabo¹¹².

En cualquier caso, conviene partir, de la distinción entre relaciones conyugales personales que están ligadas al reconocimiento de una autonomía mínima e irrenunciable a cada cónyuge, ámbito de la prohibición del art. 1328 y relaciones patrimoniales, en las que debe primar la libertad contractual¹¹³. Por ello, en el ámbito patrimonial son posibles los pactos de los que se deriven derechos desiguales entre los cónyuges. Al respecto, obsérvese que el Derecho catalán no se opone a que los cónyuges distribuyan entre sí de forma desigual sus derechos y deberes.

En cuanto a los límites a la libertad de pacto entre los cónyuges, por su claridad, adoptamos la sistematización que realiza MORENO VELASCO¹¹⁴ en la que pueden distinguirse:

1. Los límites nacidos de los principios constitucionales: Principio de igualdad de los cónyuges. Esto no impide que un cónyuge decida encargar al otro la administración de sus bienes o alterar la regla de proporcionalidad en la contribución de las cargas del matrimonio. Principio de protección integral de los hijos con independencia de su

relaciones conyugales, no implica que no se puedan conferir poderes generales de administración o disposición de uno al otro, no siendo requisito imprescindible de reciprocidad”.

El principio de igualdad está presente en los regímenes económicos matrimoniales europeos. “*Various systems, some under the law and others by court order, actually equalize the value of indirect and direct contributions, which lead to the functional equality of different European property regimes. Thus, all systems protect the principle of spouse equality and correct the fact or inequality of spouses*”. RESETAR, B: “Matrimonial Property in Europe: A Link Between Sociology and Family Law” en *Electronical Journal of Comparative Law* [En línea] vol. 12. 3, Diciembre 2008, p. 8.

¹¹² Insiste en ello DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja”, *op. cit.*, p. 217, “si conferimos plena libertad de actuación y contratación a los cónyuges sobran apreciaciones tuitivas o protectoras, pues el recurso a los principios constitucionales está absolutamente fuera de lugar”.

¹¹³ Así lo manifiesta PÉREZ HEREZA, J.: “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales” en *El Notario del s. XXI* nº 18. Marzo-abril 2008.

¹¹⁴ MORENO VELASCO, V.: “El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales. Los límites a la autonomía de la voluntad” en *Diario La Ley*, núm. 7609, 2011. A este respecto, BARRIO GALLARDO, A.: “Los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia”, en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Comares. Granada 2016, p. 85-86, “en las relaciones horizontales, entre iguales (cónyuges, convivientes), se ha pasado de un régimen de autoridad, regla imperativa, a otro basado en la reciprocidad, fruto de acuerdos y de pactos. Se ha eliminado la sobreprotección de quien, siendo mayor de edad y con suficiente juicio hace uso de su autonomía privada (autorizando, renunciando, consintiendo...) y debe pasar por lo declarado. El interés público se orienta a proteger la correcta formación de la voluntad, la seguridad del tráfico y a los terceros de buena fe ajenos a la familia. Las fronteras se sitúan cercanas a las reglas generales propios del negocio jurídico; el Derecho de familia podría, quizá en un futuro no tan distante, perder su especialidad y terminar absorbido por el Patrimonial”.

filiación. El interés de los hijos es un límite infranqueable. Principio de protección de la familia. Principio de seguridad jurídica.

2. Límites derivados de la configuración del matrimonio como institución.
3. Límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes por el art. 1255 CC. Cualquier pacto relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial es válido.
4. Los límites recogidos en el art. 90 CC: daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges y los establecidos en el art. 1328 CC.

A efectos prácticos, cuando los cónyuges se disponen a configurar el régimen económico matrimonial que regirá su matrimonio, persiguen paliar los efectos negativos de los que pueda adolecer el mismo, o bien aproximarse a los aspectos que regulan otros; así los cónyuges en capitulaciones podrán pactar un régimen distinto del configurado como régimen legal o someterse a este e introducir algún cambio, o pactar un régimen de los que regula la ley pero modificándolo en aquello que tengan por conveniente, al ser amplio el margen de modalización que existe.

3. Incidencia de la economía del matrimonio en la empresa

Mediante el matrimonio se inicia una vida en común y como consecuencia una economía familiar, es en este sentido el régimen económico matrimonial consustancial al matrimonio¹¹⁵.

¹¹⁵ REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 15, 2003, p. 2111, “la existencia de vínculo matrimonial altera de manera sustancial las relaciones económicas y supone necesariamente la aplicación de un conjunto de normas que configuran el régimen económico matrimonial”.

Al respecto, FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El nuevo régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias*. Ed. Bosch. Barcelona, 2013, p. 13, “por regla general, la unión de las personas en matrimonio incide necesariamente en las relaciones jurídicas de ambos cónyuges, en su economía y bienes y en los terceros que contraten con ellos. Esta incidencia puede ser reconocida por el ordenamiento jurídico con criterios de dirección y participativos más o menos jerárquicos, igualitarios o neutros, en forma amplia o restrictiva, y organizarse de acuerdo con diversos esquemas de ordenación y protección patrimonial más o menos libres o intrusivos”.

Por otro lado, el cónyuge empresario queda ligado por el interés familiar. En este sentido, HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 31, “si algo resulta común a todas estas figuras y a otras muchas más que podrían mencionarse, es la afección de los bienes a la familia y no a sus miembros individualmente considerados, aunque formalmente sean sus titulares. Por ello, su capacidad de disfrute y disposición está condicionada por el interés de aquella, cuando no expresamente limitada por la intervención de otros miembros de la familia”.

También, FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 157 “el matrimonio no altera la capacidad jurídica del cónyuge socio pero el mero hecho de contraer nupcias, implica la sumisión automática de

Aún, en el régimen de separación absoluta de bienes entre los cónyuges existe régimen económico matrimonial porque el hecho mismo del matrimonio entraña un conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales que se derivan de ese vínculo.

Y así, la incidencia de la empresa sobre el patrimonio dependerá del régimen económico matrimonial y por consiguiente, la interdependencia entre el patrimonio familiar y empresarial. Existen ciertos regímenes que son útiles para determinados matrimonios pero no para la generalidad de ellos porque no existen dos matrimonios iguales y por consiguiente, no serán iguales los intereses que se pretenden regular. En realidad, armonizar los intereses de los cónyuges con los de la empresa es una tarea compleja porque los intereses en juego pueden ser muy diversos. Lo apropiado sería pretender la menor interdependencia entre ambos patrimonios, sin embargo, la interrelación entre los intereses personales o familiares del fundador y los de la empresa normalmente se encuentra afectada por el modelo de economía matrimonial¹¹⁶.

Ninguno de los regímenes económico matrimoniales regulados en el Código Civil están configurados para la empresa familiar, de ahí que sea necesaria su adaptación a las situaciones concretas, familiares y empresariales, mediante instrumentos de los que disponga el empresario, en concreto capitulaciones matrimoniales y pactos, que permiten estipular lo que realmente interesa a los cónyuges, ya que no se pueden utilizar modelos normalizados porque si no se desvirtúa la función que tienen. Por esta razón, lo aconsejable es recurrir a los capítulos matrimoniales para diseñar un modelo adecuado a cada situación particular y conciliar plenamente las necesidades de los esposos con los de la empresa familiar¹¹⁷.

ambos cónyuges a un conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales consecuencia del *consortium omnis vitae* que supone la vida matrimonial”.

¹¹⁶ Vid. REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona 2010, p. 280, de ahí que el proceso de elaboración y redacción de los capítulos matrimoniales “deberán tomar en consideración: el carácter de la empresa, la articulación de la vida empresarial fijada en el protocolo familiar y los criterios de la adjudicación de poder y responsabilidad de cada uno de los sucesores tras el fallecimiento del empresario, determinados en el testamento, con el fin último de conservar el poder de la empresa en manos de la familia, evitando que pase a manos de terceras personas y, con ello, que la empresa pierda su carácter familiar”. Como señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, *op. cit.*, p. 180, “los matrimonios son tan variados y diferentes como lo son las personas y sus situaciones económicas o familiares”.

¹¹⁷ REYES LÓPEZ, M. J.: “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, *op. cit.* p. 72 y 109, “la sociedad de gananciales porque crea una masa consorcial que imposibilita la actuación del empresario al ser necesario contar con la ausencia del otro consorte además de que amplía la esfera sobre la que los acreedores pueden ejercer sus acciones encaminadas a la reclamación de los créditos adeudados. El régimen de separación de patrimonios porque aunque si facilita la gestión

Partimos de la premisa de que decidir el régimen económico matrimonial que más conviene a los cónyuges es una cuestión que puede resultar realmente complicada porque todos tienen sus ventajas y sus inconvenientes y, además, la cuestión habría que analizarla una vez que se rompe la relación de pareja, al ser en ese momento cuando puede valorarse si el régimen por el que optaron fue beneficioso para ambos o solo para uno de ellos porque inicialmente se desconocen las variantes económicas que pueden darse durante la convivencia¹¹⁸. No obstante, se observa que en los regímenes de comunidad se confunden más fácilmente los bienes y derechos personales de los cónyuges con los familiares y los empresariales, mientras que en el régimen de separación de bienes pueden distinguirse en cualquier momento la titularidad de cada uno de ellos aunque la independencia patrimonial de la que gozan los cónyuges no evita que en ocasiones se produzcan situaciones de confusión patrimonial.

independiente de los bienes, impide el reparto de beneficios entre los cónyuges, que tampoco parece que sea el remedio más adecuado cuando se trata de matrimonios vinculados a empresas familiares. Y, finalmente porque aunque queda el recurso al régimen de participación, éste, además de ser desconocido por parte de la población, funda su funcionamiento en el incremento del valor patrimonial sufrido en los bienes de cada uno de los esposos, que exige un minucioso seguimiento contable de improbable realización en el devenir diario”.

¹¹⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 54.

El Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar en su página 28 manifestaba que *Los desajustes del Código Civil con las peculiaridades de la empresa familiar, se inician ya en la existencia de las sociedades gananciales, que es el régimen hasta ahora normal en el Derecho español, sin perjuicio del avance que han tenido en los últimos años las capitulaciones matrimoniales, y el régimen de separación. Como el régimen de gananciales se caracteriza porque se convierten en comunes para los cónyuges, las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos, la disolución de la empresa lleva a una liquidación en la que coinciden un régimen de comunidad (que resulta de la aportación de bienes que se adquieren constante la sociedad) y otro de bienes privativos (integrado por los que ya existían antes de constituirse la empresa) e incluso un tercero, derivado de los adquiridos por la subrogación del propio bien, por herencia o donación.*

Los especialistas han destacado que los problemas surgen también en el régimen de administración y disposición y por la relación que se tenga con los acreedores, si la empresa ha generado deudas. Algunos de los comparecientes ante la Ponencia, han solicitado que se establezca un régimen jurídico que permita que queden a salvo de los avatares de la marcha de la empresa, el patrimonio de los fundadores, lo que evidentemente plantea una problemática económica y financiera que hace difícil su consecución.

Vid. BUSTO LAGO, J. M.: “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: Avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial: Avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial”, en La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 604, señala este autor que la realidad demuestra que el régimen económico matrimonial de gananciales configurado como régimen legal supletorio es el propio de la mayor parte de las uniones matrimoniales, especialmente cuando sus miembros no realizan actividades empresariales o profesionales por cuenta propia. Sin embargo, consideramos que en los matrimonios actuales cada vez es más frecuente que los cónyuges pacten el régimen de separación de bienes aunque no existan tales actividades.

Por otra parte,¹¹⁹ la elección de uno u otro régimen económico matrimonial puede hacerse depender de la valoración que hagan los cónyuges o futuros contrayentes en relación con las siguientes características y objetivos peculiares a cada clase de régimen económico: i) la mayor o menor participación de los cónyuges en el enriquecimiento de la economía matrimonial, ii) la mayor o menor protección patrimonial de los bienes afectos contra los acreedores y iii) la mayor o menor incidencia en la gestión de los bienes.

Además, en un régimen de separación existe mayor independencia económica y autonomía al comienzo del matrimonio y durante la vigencia del mismo y excluye cualquier idea de patrimonio común familiar¹²⁰.

Por tanto, si la decisión de la elección del régimen económico matrimonial puede resultar en ocasiones difícil, cuando está presente el factor empresa, se complica aún más.

En otro orden, la no elección de un régimen económico matrimonial en nuestro ordenamiento implica quedar sometido al régimen de la sociedad de gananciales, que es el régimen legal supletorio, motivo este por el que el empresario debe concebir las capitulaciones matrimoniales como instrumento de naturaleza preventiva y tratar de controlar la expectativa del cónyuge sobre el patrimonio empresarial, o incluso que quede apartada la empresa del patrimonio del esposo que no forma parte de la familia, porque la inexistencia de capitulaciones puede conllevar a consecuencias imprevisibles que su otorgamiento puede solucionar. La clave está en anticiparse a los conflictos que puedan surgir y pactar sus efectos porque resulta más complicado pactar cuando el

¹¹⁹ Así lo refiere FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El nuevo régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias*, op. cit., p. 43.

¹²⁰ Así lo recoge la STS, sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006 (rec.4121/1999. Ponente: SALAS CARCELLER. Nº de Sentencia 564/2006. Roj3331/2006) en el Fundamento de Derecho Tercero: (...) *Con tal planteamiento, carece de relevancia en el caso la cita por la parte recurrente de sentencias de esta Sala, como las de 20 de junio de 1987, 17 de septiembre de 1997, 19 de junio de 1998, que proclaman, junto con otras muchas, que una vez disuelta la sociedad de gananciales y hasta que se produce la liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, los mismos se rigen por las normas propias de la comunidad de bienes, pues tal conclusión no resulta aplicable a supuestos como el presente en el que habiendo existido un régimen económico matrimonial de separación de bienes no podía considerarse incluido en dicho régimen ningún bien de carácter común. (...) Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar.*

conflicto ya ha surgido. Además, un instrumento será tanto más válido cuanto más fácil sea acudir a los juzgados y tribunales exigiendo su observancia¹²¹.

Incluso, se aconseja incluir en las capitulaciones una cláusula de sometimiento a mediación para resolver cualquier desacuerdo futuro que pueda surgir entre los cónyuges, tanto en sus relaciones personales como patrimoniales¹²².

Al ser el margen de la autonomía de la voluntad muy amplio, el contenido capitular no se agota, como trataremos en el epígrafe siguiente, lo que permite al empresario ordenar sus relaciones y proteger el patrimonio. Aun habiéndose otorgado capitulaciones matrimoniales, estas deben adaptarse a los cambios de circunstancias del entorno, familiares y empresariales, ya que pueden requerir la inclusión de algún nuevo pacto, o bien modificar alguno preexistente. Por ello, debe ser un instrumento objeto de revisión o en todo caso, prever las máximas circunstancias posibles y otorgar los correspondientes pactos conforme a estas.

Podemos concluir por todo ello, que el régimen convencional entre los cónyuges es esencial en los matrimonios donde uno de ellos o los dos sean miembros integrantes de una empresa, al permitir una mayor flexibilidad para coordinar las relaciones entre familia y empresa.

En lo que no hay duda es que todo lo concerniente al régimen económico debe contemplarse con anterioridad a que surjan los problemas conyugales porque una vez

¹²¹ En este sentido, la no-elección se convierte en una elección, al imponer la ley el régimen legal. FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, op. cit., p. 113.

El régimen supletorio puede no resultar adecuado para las circunstancias de la pareja, por lo que las capitulaciones son de suma importancia. En este sentido, “*A further reason could be that the default regime is simply inappropriate for the specific circumstances of the couple, for example, because it is a second marriage and the couple want to ensure that property acquired before the marriage goes to their children from the previous marriage when they die.*” SCHERPE, J. M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, op. cit., p. 485.

En Inglaterra y Gales no hay régimen económico matrimonial legal y los acuerdos matrimoniales no tienen como finalidad cambiar un régimen por otro. Vid. COOKE, E.: “Marital property agreements and the work of the Law Commission for England and Wales,” en *The future of family property in Europe*. AA.VV. (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, p. 105. “*The first is the need to remember that in England and in Wales, marital property agreements are not entered into in order to change from one regime to another, as they are through out Europe. We have no legal regime.*”

¹²² Al respecto, RODRIGUEZ PRIETO, F. “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social” en *El Notario del Siglo XXI*, nº70, noviembre-diciembre 2016, p. 178-179, “estimamos que lo ideal es que no existan ni unas capitulaciones sin clausula de mediación, ni un matrimonio sin capitulaciones. Incluso si se quiere que el régimen económico matrimonial sea el legal supletorio “. Añade que la incorporación de estas clausulas resulta también aconsejable en los acuerdos en previsión de las rupturas matrimoniales y reguladores de sus consecuencias.

acecidos estos, la solución que se adopte difícilmente remediara los efectos negativos que se hayan o vayan a producirse sobre el patrimonio familiar y empresarial.

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. Funcionalidad que tienen para la empresa

Las capitulaciones matrimoniales son un instrumento útil no solo para adaptar el régimen económico matrimonial a las necesidades de los cónyuges sino también, y a lo que a nuestro objeto de trabajo se refiere, como instrumento de planificación de la sucesión en la empresa familiar. De este modo, las consideran algunos autores¹²³ como un valioso instrumento para considerar la economía familiar, conservar la empresa y proyectar su continuidad más allá del paso de las generaciones.

Son negocios de Derecho de familia pero de naturaleza contractual, que pueden celebrarse *ex ante* y *ex post* del matrimonio y permiten regular las relaciones entre los cónyuges durante el matrimonio, sus efectos cuando se disuelve el régimen y un reparto futuro de los bienes y evitar ante todo que sea la ley la que determine el régimen matrimonial. Destacamos por ello, la importancia que tienen para la empresa, como mecanismo preventivo en caso de conflicto o crisis matrimonial¹²⁴.

Por su parte, la STS de 4 de febrero de 1995¹²⁵ en su Fundamento de Derecho Sexto ya definió a las capitulaciones matrimoniales como “las estipulaciones a través de

¹²³ Entre ellos, REYES LÓPEZ, M. J.: “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar. En particular, sobre el régimen económico matrimonial”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar*. AA.VV. (Dir. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, p. 225.

¹²⁴ REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, *op cit.*, p. 107- 108, “las capitulaciones matrimoniales se configuran como un instrumento del que dispone en vida el empresario para regular la economía matrimonial y el reparto de los bienes de cara al futuro. El otro instrumento del que puede hacer uso con relación a la disposición de sus bienes tras su muerte es el testamento. Se manifiesta así la relación existente entre régimen económico matrimonial y régimen sucesorio”. Respecto a la función que pueden desempeñar los acuerdos matrimoniales, señala SCHERPE, J. M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, *op. cit.*, p. 484, que dependerá del ordenamiento jurídico en que nos encontremos y así, “*In jurisdictions where marriage has an immediate effect on the property relations of the spouses, namely the community of property jurisdictions, the function of a marital agreement regarding the property is very different from that in other jurisdictions because it has immediate effect. The pre-nuptial agreement regulates the property relations of the spouses from the very beginning of the marriage; a postnuptial agreement does so from the time stipulated to apply. Thus the agreement is not meant to regulate the case of divorce only; it is to regulate the property relations during marriage. The couple are choosing a matrimonial property regime for their marriage that applies immediately. Its application therefore does not require, or even premeditate, divorce*”.

¹²⁵ STS, sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1995 (rec. 1933/1993. Ponente: MORALES MORALES. Nº de Sentencia 38/1995. Roj 540/1995).

las cuales los esposos establecen el régimen económico de un matrimonio, lo modifican o sustituyen por otro, con todos los demás pactos relacionados con ello, y que, por tanto, tengan naturaleza capitular”.

El carácter irrevocable de este instrumento ofrece seguridad, estabilidad y permanencia, a la vez que permite una correcta organización de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, de acuerdo a sus propias circunstancias familiares, y en nuestro caso, también las empresariales. La existencia de capitulaciones puede evitar que una crisis termine en un reparto no deseado del capital social como consecuencia de la liquidación de un régimen matrimonial; y sobre todo, previenen los desplazamientos patrimoniales y relaciones de crédito-deuda que en nada favorecen a la empresa y contribuye en este sentido a su conservación y continuidad en manos de la familia.

Su idoneidad también se refleja en los protocolos familiares, que acuerdan que los familiares consanguíneos otorguen capitulaciones en las cuales se renuncie expresamente en caso de separación matrimonial a la gestión de la propiedad familiar, cediendo la misma al familiar consanguíneo o representante de la familia empresaria, motivo este por el que resulta muy aconsejable articular las condiciones de acceso de los familiares políticos, tanto a la propiedad como a la gestión.

A pesar de ello, históricamente, el otorgamiento de capitulaciones ha cobrado más importancia en los territorios forales, donde se han regulado aspectos familiares y sucesorios para organizar el patrimonio familiar, que en Derecho común¹²⁶. Los principios que las inspiran en todos ellos, son el principio de libertad, principio de igualdad y la mutabilidad del régimen económico en virtud del pacto¹²⁷.

¹²⁶Vid. DEL POZO CARRASCOSA, et al.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia, op. cit.*, p. 225, “hasta bien entrado el siglo XX, los capítulos matrimoniales constituyeron el instrumento jurídico a través del cual se articulaba la conservación de los patrimonios familiares de una cierta entidad; ello, no sólo en el ámbito rural, donde evitaron la disgregación de las explotaciones agrarias que se organizaban en torno a la “casa” o “masía”, sino también en el ámbito urbano, donde los capítulos matrimoniales permitieron la conservación y el desarrollo de las explotaciones industriales que fueron configurando y fortaleciendo el tejido económico de Cataluña. En este sentido, podemos decir que los capítulos matrimoniales eran el instrumento jurídico que vinculaba, desde el punto de vista patrimonial, no sólo a los cónyuges, sino también a sus familias”.

¹²⁷ PARRA LUCÁN, M. A: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 172.

En el ámbito patrimonial el principio de igualdad entre cónyuges es límite a la autonomía privada, manifestada a través de las capitulaciones matrimoniales. El principio de igualdad se manifiesta en tres

Por lo que se refiere a los pactos que pueden contener las capitulaciones matrimoniales, son de diversa índole, si bien, nosotros nos vamos a centrar únicamente en el aspecto patrimonial por ser el que más directamente afecta a la empresa. Es precisamente, como ya hemos señalado, en las relaciones patrimoniales de los cónyuges donde existe mayor libertad de pacto.

No queremos dejar de reseñar que los pactos capitulares están reservados a los cónyuges, por lo que los pactos entre convivientes no pueden tener naturaleza capitular. En relación a ello, una de las cuestiones que se han planteado en el ámbito de las uniones de hecho es si los convivientes pueden someterse a alguno de los regímenes económicos matrimoniales. En este sentido, ha manifestado MARTINEZ DE AGUIRRE¹²⁸ que “la mera voluntad de los convivientes carece de intensidad normativa

ámbitos: el personal del cónyuge casado, en la esfera familiar y en el campo patrimonial. *Vid.* LLOPIS GINER, J. M.: “Reflexiones críticas del derecho de familia: Tradición y futuro”, en *Retos del s. XXI para la familia* (Coord. BENEYTO BERENGUER, R., *et al.*) Ed. Práctica de Derecho, Valencia 2008, p. 271. Por su parte, ESPINERÍA SOTO, M. I., *op. cit.*, p. 222, manifiesta que “se constata, de ahí la flexibilidad de las regulaciones autonómicas, que no todo régimen económico, tal como está regulado legalmente, se acomoda a las necesidades de un determinado matrimonio, se incrementan las normas dispositivas y la tipicidad, definitivamente, no es una característica necesaria del régimen económico matrimonial en nuestro ordenamiento”.

¹²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Acuerdos entre convivientes *more uxorio*” en *Revista de Derecho Privado*, núm. 85 noviembre-2001, p. 866, para las uniones de hecho el protocolo familiar puede obligar a los convivientes a firmar pactos de convivencia para regular sus intereses patrimoniales. Al respecto, FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 179, señala que cada vez se acepta con más facilidad en la sociedad su carácter de pacto *causa familiae*.

También, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Empresa familiar y liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho” en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, p. 231, “las personas que en el ejercicio de su libertad deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual”.

En este sentido, la STS, sala de lo Civil, de 7 de julio de 2010 (rec.1811/2006. Ponente: ROCA TRIAS. Nº de Sentencia 431/2010. Roj3530/2010) así lo recoge en el Fundamento de Derecho Tercero: *Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio*. Y en la misma línea, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013 afirma que *en este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico -no así desde el social-, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial– sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales*. Si bien, la doctrina jurisprudencial venía entendiendo que la unión de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y no puede aplicársele la normativa reguladora de este, la STS, sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (rec.1083/1993. Ponente: MARTÍNEZ-CALCERRADA GOMEZ. Nº de Sentencia 272/1997. Roj 2386/1997) supone una

necesaria para generar ese régimen”. Tanto la mayoritaria doctrina como jurisprudencia niega la analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho o *more uxorio* y la equiparación en sus efectos. Por este motivo, al no poder aplicarse analógicamente las normas de la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales, se regirán por los pactos a los que hayan llegado los convivientes.

De ahí que sea adecuado hacer uso de los mismos y sobre todo cuando están vinculados a una empresa porque es una manera de prever también la situación que pueda originarse como consecuencia de la disolución de la convivencia.

Además de lo expuesto, las capitulaciones pueden utilizarse con otros fines más allá que la mera regulación del régimen económico que van a tener los cónyuges; la realidad constata que dicho instrumento jurídico y la interpretación que se está haciendo del mismo permite incluir cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio y más allá del mismo, a lo que nos remitimos al epígrafe 2 del presente capítulo¹²⁹.

Otro aspecto a considerar y no menos importante es la planificación de la eventual ruptura matrimonial por los cónyuges, al ser una realidad cada vez más frecuente. Es fundamental preverla y regularla porque crea seguridad entre ellos y a la propia empresa la dota de estabilidad. De lo contrario, puede tener repercusiones negativas sobre el patrimonio familiar y empresarial, razón por la que se ha ido poco a poco generalizando la cultura de las capitulaciones matrimoniales e incrementado su

resolución un tanto excepcional al entender que la normativa reguladora del régimen económico matrimonial no podía considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma y así, en el Fundamento de Derecho Quinto 1º) considera: *Que, la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales debe mantenerse cuando, en el caso del litigio, no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable en las llamadas uniones de hecho o “more uxorio”, como se dice, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión, no aparezcan circunstancias de hecho, o, hasta instrumentos de pactos expresos suficientes, que eliminen esa aplicación de reenvió.*

Sin embargo, en el Derecho gallego se aplica a la pareja de hecho el régimen de la sociedad de gananciales cuando no consta pacto en otro sentido, por lo que si los miembros de la pareja no quieren regirse por este régimen, o bien, es su voluntad modificarlo, deberán otorgar los pertinentes pactos en escritura pública, análogo a las capitulaciones matrimoniales.

¹²⁹ ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Acuerdos prematrimoniales. Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *op. cit.*, p. 309. A propósito del art. 1325 CC, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Eficacia de los pactos prematrimoniales” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 1, enero-abril 2013, p. 23-24, “la conjunción disyuntiva “o” determina que pueden ser capitulaciones las que versen sobre el régimen económico, sobre otras disposiciones por razón de dicho matrimonio o sobre ambas cuestiones. Por lo tanto, un convenio sobre cuestiones ajenas al régimen económico conyugal puede constituir unas capitulaciones pero puede no serlo, mientras que cualquier estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial ha de ser por capitulaciones, con las solemnidades que exige la ley para las mismas”.

otorgamiento, si bien todavía existe desconfianza por determinados cónyuges al considerar que prever los efectos de una ruptura es de alguna manera favorecer la misma. Conviene por ello, que las capitulaciones sean un instrumento a través del cual cada pareja configure su relación matrimonial en todos los aspectos patrimoniales, incluidas las consecuencias para el caso de ruptura¹³⁰.

Así las cosas, la ruptura de la pareja siempre debe ser una realidad futura planteable, desde el momento en que el matrimonio se establece como disoluble, y además, dicha ruptura potencial necesariamente obligará, antes o después, a celebrar determinados acuerdos sobre los intereses comunes o a someterse, en caso de no celebrarse, al criterio de la autoridad judicial. Obsérvese que buena parte de los instrumentos de previsión presuponen la contemplación de una situación de conflicto eventual o potencial entre los intereses concurrentes y por tanto, deben ser utilizados con un sentido eminentemente práctico y procurando la máxima armonía o equilibrio entre los intereses de los otorgantes¹³¹.

En otro orden también son un instrumento que resulta de utilidad para prever la apertura de una sucesión, al condicionar el régimen económico el resultado de esta; y el control de acceso a la propiedad de la empresa, evitando la dispersión de la titularidad y así, caben pactos de contenido económico y sucesorio¹³². De hecho, las capitulaciones

¹³⁰ Idea que mantiene GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *et al.*, *op.cit.*, p. 476.

¹³¹ En este sentido, RUBIO GIMENO, G.: *Autorregulación de la crisis de pareja*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 46, “la previsión, capitular o no, de una futura ruptura genera cierto rechazo por el hecho de que implica una negociación anticipada de los efectos económicos de una crisis que no se quiere ni sugerir en un momento, normalmente de máxima convergencia afectiva de los miembros de la pareja. No obstante, planteado estrictamente como escrúpulo que puede revelar prejuicios o desconfianza respecto la otra parte, cónyuge, contrayente o conviviente, no representa un sentimiento muy distinto de la aprensión que puede suscitar la organización patrimonial que se pretende en el momento de redactar un testamento y que se otorga en contemplación de un hecho, habitualmente indeseado, como es la propia muerte; eso sí, la implicación estrictamente individual de la muerte facilita la toma de decisiones incorporadas al documento”.

En cuanto a la advertencia del sentimiento que predomina cuando se celebra un acuerdo prematrimonial, HARPER, M., FRANKLE, B.: “An English Practitioner’s View on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation Agreements”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, p. 124. “*At a time when couples should be focus in on what will likely be (one of) the happiest and most important days of their lives, at the start of what the hope will be a long and prosperous marriage, it is rather strange for parties to be asked to consider what ought to happen to them in the event of a divorce*”.

Respecto a los acuerdos entre convivientes señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Acuerdos entre convivientes *more uxorio*”, *op. cit.*, p. 846, que “la eficacia comprometedora real de tales convenios es, como vengo diciendo, en lo relativo a las previsiones sobre la eventual ruptura de la relación, y sus consecuencias: pero entonces lo regulado, con ser importante, no es la convivencia, sino la no convivencia”.

¹³² Al efecto, HUERTA TROLEZ, A, *op. cit.* p. 52, “aunque desde una perspectiva estrictamente jurídica el régimen matrimonial es un dato neutro respecto de la sucesión, ya que las normas que se

matrimoniales permiten establecer los criterios aplicables a la liquidación de la sociedad conyugal una vez que esta se disuelva por fallecimiento de uno de los cónyuges o de ambos.

2. Posible contenido de las capitulaciones

Originariamente el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales ha sido el pacto sobre el régimen económico matrimonial, de hecho constituían el negocio familiar por excelencia, sin embargo se ha venido observando cómo han ido perdiendo su alcance original y se incluyen también pactos de otra índole, principalmente las consecuencias de la ruptura matrimonial -referidas anteriormente-, lo que ha dado lugar al reconocimiento de la inclusión de pactos de diversa naturaleza. Y es que la libertad de otorgamiento de capitulaciones se refiere también a la facultad de decidir el contenido de esas capitulaciones. Los cónyuges determinarán el contenido que más se ajuste a sus intereses, y por tanto, incluirán aquellos extremos o circunstancias sobre los que consideren oportuno pactar.

La realidad que muestra la sociedad del elevado número de rupturas matrimoniales y las experiencias anteriores vividas por los cónyuges que se disponen a contraer nuevo matrimonio hace necesario regular los pactos para una eventual ruptura.

Nada impide que estos pactos preventivos puedan incorporarse en el contenido de las capitulaciones, si bien, no constituyen objeto de las mismas ni por tanto están sometidos a su régimen jurídico¹³³.

aplican a esta son las mismas cualquiera que sea la forma de organización económica del matrimonio, es lo cierto que la composición de la masa patrimonial del causante, el caudal relicto, depende cualitativamente del régimen económico del matrimonio y, eventualmente, de las previsiones concretas que se hayan podido adoptar en relación al mismo”.

En este sentido, BUSTO LAGO, J. M.: “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: Avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial”, *op. cit.*, p. 639, expone que debe compartirse la afirmación de que las capitulaciones matrimoniales adquieren o pueden adquirir un carácter preparatorio de la disposición testamentaria de los bienes.

¹³³ A este respecto, CERVILLA GARZÓN, M. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 24, “este cambio quizás ha sido influenciado por la jurisprudencia norteamericana, tendente a flexibilizar el pacto capitular y por la sociedad que demanda un mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia, una de cuyas manifestaciones es el reconocimiento de una parcela de libertad que permita a los futuros contrayentes acordar previsiones para el caso de una hipotética ruptura”.

En particular, no es preciso que los pactos preventivos se otorguen en escritura pública ni es precisa formalidad alguna para su validez. PARRA LUCÁN, M. A.: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, en *Autonomía de la voluntad el Derecho Privado*, *op. cit.* p. 287. Respecto a la facultad de decidir el contenido de las capitulaciones, *vid.* FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 29. En este sentido, MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, p. 505, “hoy, en cambio, está extendido el criterio de que cabe incluir en el contenido capitular los pactos prematrimoniales, tanto los tendentes a regular las previsiones de una futura ruptura matrimonial, como los atinentes a otras cuestiones de índole económica o personal”.

Al ser los capítulos matrimoniales un negocio jurídico fundamentado en la autonomía de la voluntad de los cónyuges, faculta que estos incorporen los pactos que estimen lícitos vinculados al matrimonio y la organización familiar, incluyendo una posible previsión de los efectos de una ruptura matrimonial¹³⁴.

Respecto a los pactos de contenido personal, como pacto más frecuente en la práctica es el nombramiento o exclusión de tutores para casos de fallecimiento o privación de la patria potestad. Este es importante en el ámbito de la empresa familiar para el caso de existencia de hijos menores de edad, que ante una ruptura matrimonial, el ex cónyuge del empresario, o en caso de fallecimiento, el supérstite, pueden verse administrando parte o la totalidad del patrimonio empresarial¹³⁵.

Además de los referidos pactos, los cónyuges pueden donarse bienes futuros para caso de muerte conforme al art. 1341 CC, que supone una excepción al art.1271 CC de prohibición de pactos sucesorios pero para su efectividad es necesaria la concordancia con el testamento y también realizar promesas de mejorar o no mejorar y constancia de los bienes que cada uno aporta al matrimonio para evitar la presunción de ganancialidad, entre otros.

No obstante, ante la diversidad de contenido que puede ser incluido, tradicionalmente se ha venido afirmando que solo puede haber capitulaciones matrimoniales cuando se incluya algún pacto sobre el régimen económico matrimonial, sin perjuicio de que además, sea posible incluir otro tipo de estipulaciones relacionadas con el matrimonio. Sin embargo, esta afirmación debe revisarse en los tiempos presentes y admitirse la existencia de capitulaciones aun cuando su contenido sea distinto al relativo al régimen económico matrimonial¹³⁶. Se argumenta esta postura en

¹³⁴ Así lo recoge PUIG BALNES en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo I (Coord. PUIG BALNES, F. P., SOSPEDRA NAVAS, F. J.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2013, p. 293.

¹³⁵ Vid. CORTÁZAR LORENTE, C.: *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*. XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, septiembre 2004.

¹³⁶ Así lo expresa MARTINEZ ESCRIBANO en. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *et al.*, *op. cit.*, p. 446-447. En este mismo sentido, FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 175, quien señala que “hay que coincidir plenamente con este criterio y con la apreciación de que el contexto socio-jurídico contemporáneo exige ampliar el espectro analítico para revisar la postura restrictiva, pues responde a una determinada mirada, innecesariamente limitativa, de la normativa vigente”. Por su parte, REYES LÓPEZ, M. J.: “Economía del matrimonio y empresa familiar”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, p. 113, señala que conviene precisar el contenido de las capitulaciones matrimoniales de aquellos otros pactos o estipulaciones que sobrepasan dicho carácter, como son las meras atribuciones matrimoniales.

que el art. 1325 CC se limita a indicar posibles contenidos de las capitulaciones pero no formula un contenido esencial o básico. Efectivamente, el precepto indicado dispone “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”, por lo que podría mantenerse que cualquier disposición relacionada con el matrimonio tiene la naturaleza de capitulaciones matrimoniales, siempre que consten en escritura pública y respeten los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el art. 1255 CC y los propios del art. 1328 CC aunque también es cierto que en la práctica el sustrato de un gran número de los pactos es de contenido patrimonial.

Si bien el negocio capitular no agota la posibilidad de los cónyuges de realizar negocios entre sí en relación a sus bienes, lo correcto será reservar a los capítulos la organización de las reglas sobre el régimen matrimonial además de los negocios de familia y sucesiones entre los cónyuges o entre estos y terceros¹³⁷. De ahí que el contenido propio de los capítulos matrimoniales sea el relativo al régimen económico del matrimonio¹³⁸.

Sea cual sea el contenido de las capitulaciones, lo esencial es que cuando el empresario, o sus sucesores las otorguen, procuren separar los intereses familiares y empresariales y mantener la propiedad en manos de la familia y para el caso de que la empresa adopte forma social, las normas sobre el régimen económico matrimonial esten interrelacionadas con las del Derecho sucesorio y con las del Derecho societario, así

En la regulación catalana el único elemento que deberá necesariamente constar en los capítulos matrimoniales es precisamente la determinación del régimen económico matrimonial. A este respecto, *vid.* DEL POZO CARRASCOSA, P., *et al.*: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia, op. cit.*, p. 228, nótese la diferencia entre los preceptos 1325 CC y 231-10 CCCat.

¹³⁷ Opinión mantenida por FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.* p. 168, mientras que al margen de los capítulos podrán pactarse todos los negocios singulares así como cualquier otra relación de derecho patrimonial.

¹³⁸ FIGUEROA TORRES, M, *op. cit.* p. 171, mientras que todo el resto de las capitulaciones o pactos que contiene la escritura pública forma parte de ésta pero no se relacionan o afectan, obligatoriamente, al régimen económico de ese matrimonio, es decir a la capitulación matrimonial en su extensión más amplia. Sobre los capítulos matrimoniales, RAMS ALBESA, J. J: “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. AA.VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, p. 77, se refiere a ellos como a los que la sociedad debería aficionarse y deberían quedar reservados o para convenir otro régimen distinto de los tipificados en el Código o para dejar constancia fehaciente con un preciso inventario de los recursos y bienes privativos que pertenecen a los cónyuges antes de contraer matrimonio. Propone derogar el art. 1328 CC porque además de no añadir ni una sola idea jurídica distinta de las que adornan la tradicional y literariamente perfecto artículo 1255 CC sirve para confundir cualquier interpretación racional de la igualdad, pues este derecho viene impuesto por la ley, si sirve para desvirtuar la libertad de pactos con retorcidas interpretaciones sobre la igualdad de los cónyuges para conducir a dar sentido a una idea antidemocrática de la igualdad, por lo cual solo hay igualdad cuando en la convivencia y en los pactos matrimoniales se llega al resultado previsto de antemano como única solución igualitaria.

capitulaciones matrimoniales, testamento y estatutos serán los instrumentos que lo articulen¹³⁹.

3. La afectación de la naturaleza de la empresa en los regímenes económicos matrimoniales. Regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges

Tal como hemos indicado, y volvemos a insistir, el otorgamiento de los respectivos pactos capitulares es conveniente para adaptar el régimen económico matrimonial a las circunstancias de cada familia y a las necesidades de la empresa, aun si el deseo de los cónyuges es el de regir su matrimonio bajo el régimen de gananciales, en cuyo caso, se pueden establecer cláusulas por las que se varia la forma de disposición sobre los bienes gananciales, incluyendo alguna por la que el cónyuge que lleva la empresa tenga mayor capacidad de decisión en orden a la gestión empresarial; y cláusulas sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, como las cláusulas de adjudicación preferencial por las que se pacta que en la liquidación de la sociedad algunos bienes relacionados con la empresa familiar sean adjudicados al cónyuge perteneciente a la misma¹⁴⁰.

La empresa -bien integrante de un patrimonio- puede tener carácter plenamente privativo, formar parte del haber ganancial o bien, que concurra la naturaleza privativa y ganancial. Los problemas que se plantean en este orden es determinar cuáles son los

¹³⁹ En caso de estar constituida la empresa como sociedad, se pretende que a la extinción del matrimonio las acciones o participaciones queden en propiedad del cónyuge miembro de la familia empresaria, y en el mismo sentido, se plasma en el testamento del titular para que las acciones o participaciones a su fallecimiento pasen a miembros de la familia. *Vid.* CASILLAS J. C., *et. al.*: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*, *op. cit.*, p. 162, quienes opinan que el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, en las que se contemple sobre todo el régimen de separación de bienes impide que los conflictos y problemas de índole personal y económica de los esposos mal avenidos tras la separación se trasladen al ámbito empresarial, pudiendo perjudicar a la masa patrimonial o llegando, incluso, a descapitalizar la entidad.

En este sentido, REYES LÓPEZ, M. J.: “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, *op. cit.* p. 74, “antes del comienzo de la actividad empresarial es conveniente que el empresario casado defina con claridad la naturaleza de los bienes que posee, así como el destino que quiera asignar a sus bienes futuros; las salvaguardas, en su caso, que quiera imponerles, así como, si procede, la cuota de beneficios, que quiera compartir con su consorte, con la finalidad de evitar posibles confusiones entre ambos patrimonios, que deriven finalmente en la desprotección del patrimonio del no comerciante”.

¹⁴⁰ *Vid.* ALVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar; economía familiar y sucesión hereditaria*. Ed. Netbiblo. La Coruña, 2011, p. 22.

Con independencia del régimen económico por el que opten los cónyuges, las capitulaciones matrimoniales en el ámbito de la empresa familiar resultan necesarias, es lo que ha venido a denominar GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, *op. cit.*, p. 1025, como *cultura capitular*.

rendimientos que se han obtenido con capital privativo y cuales con fondos comunes; y en el caso de que la empresa se haya constituido como forma societaria, la naturaleza de la titularidad de las acciones o participaciones dependerá de la fuente de procedencia, privativa o ganancial¹⁴¹.

Sin embargo, observamos casos en los que los cónyuges al inicio de su vida en común no desarrollan ninguna actividad empresarial y la inician durante el matrimonio y surge en ese momento la necesidad de adaptar el régimen económico matrimonial a la nueva situación. Un supuesto bastante habitual es aquel en el que el matrimonio haya sido el fundador de la empresa bajo la vigencia del régimen de gananciales, con fondos comunes y por tanto, la empresa tenga carácter ganancial y además, invirtiendo todos los beneficios en ella, e incluso pueden haberse confundido bienes propios con otros comunes en su formación. Así, concurriendo capital privativo y ganancial, la empresa corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge, constituyendo un sistema de comunidad en relación con la aportación que se haya efectuado, tal como determina el art. 1344 CC, si bien no es esta una situación que favorezca a la empresa por la cotitularidad que se crea y las acciones de reintegro que procederán en su caso al tiempo de la liquidación.

Si la empresa ha adoptado una forma societaria deben diferenciarse relaciones en dos planos, uno entre el cónyuge y la sociedad y otra entre los cónyuges, al ser el cónyuge del socio ajeno a la sociedad aunque el valor de las participaciones tenga carácter ganancial y por tanto, sea cotitular.

No obstante, aun siendo las acciones o participaciones de la empresa privativas, los rendimientos que produzcan serán gananciales si no se ha pactado en capitulaciones matrimoniales que los mismos sean privativos, razón de más para que los pactos en este sentido sean convenientes y puedan reinvertirse los rendimientos en la misma.

También es frecuente que el empresario atribuya a sus hijos participaciones en la empresa. De modo que, si los hijos están casados, buscará hacerlas privativas mediante reconocimiento de su cónyuge, o bien, por donación de las participaciones o de la

¹⁴¹ Para que una empresa pueda ser privativa vigente la sociedad de gananciales tiene que haber sido fundada con bienes propios o se adquiera por legado, herencia o donación. En el caso de que la empresa pertenezca a uno solo de los cónyuges al comenzar la sociedad, el otorgamiento de capitulaciones en el que se constate la fecha anterior de la empresa será fundamental para evitar problemas en cuanto a su prueba.

cantidad por la que se desembolsan porque si no media pacto, los rendimientos seguirán siendo gananciales¹⁴².

Además, no podemos dejar de considerar que la adjudicación indistinta de las participaciones de la empresa es una situación de amenaza para la conservación del carácter familiar porque podemos asistir a un cambio de socio por el cónyuge actualmente titular de las participaciones. En este sentido, es importante establecer en capitulaciones que las adquisiciones de acciones o participaciones o sus rendimientos tendrán siempre naturaleza privativa aunque sin perjuicio del respectivo reembolso de las masas en el momento de liquidación del régimen, que si se quiere evitar, será necesario pactar el régimen de separación de bienes. En el caso de que la empresa sea bien privativo, la titularidad, gestión y toma de decisiones pertenecerán al cónyuge titular¹⁴³.

En lo que respecta al régimen económico de la sociedad de gananciales, es el que tiene más incidencia en la aportación del trabajo por parte de cada uno de los cónyuges porque se conforma una comunidad entre ellos con las aportaciones de trabajo y capital que cada uno obtenga. Por esta razón, en este régimen –especialmente–, resulta necesario un pacto capitular que regule los efectos que pueden producirse a su liquidación, de manera que el empresario tiene dos posibilidades: (i) Otorgar naturaleza privativa a los rendimientos, dividendos y beneficios de la empresa, manteniendo el carácter común de los frutos y rentas derivados del resto de su patrimonio, (ii) o bien, atribuir carácter privativo a los frutos de su patrimonio pero respetando la ganancialidad de los resultados de su actividad empresarial. También cabe dotar de carácter privativo a

¹⁴² REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, op.cit. p. 290.

¹⁴³ Si no se ha pactado en otro sentido serán bienes gananciales los beneficios, intereses o rentas que genere la empresa. En esta línea, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Ed. Civitas. Navarra, 2010, p. 397, “las relaciones entre masas funcionan como verdaderas relaciones de crédito, y lo percibido por un cónyuge contra el consorcio es verdaderamente el pago de una deuda. En nuestro derecho funcionan como verdaderas relaciones de obligación”.

Respecto a la responsabilidad del patrimonio ganancial, vid. DEL POZO CARRASCOSA, P., et al.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, op. cit., p. 309, “la responsabilidad por las cargas es indistinta entre los patrimonios privativos y el patrimonio ganancial, por lo que los acreedores de las mismas pueden dirigirse cualquiera de los citados patrimonios. Este es el sentido que debe darse al art. 1369 CC, cuya redacción es, como mínimo, imprecisa; en concreto, este precepto señala que “de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad, responderán también solidariamente los bienes de esta”.

la empresa y establecimiento fundado a expensas de los bienes comunes, sin perjuicio del principio de reintegro que corresponda¹⁴⁴.

En nuestra opinión parece la primera posibilidad la más adecuada porque permite separar la participación en el patrimonio empresarial del resto de los bienes y evita el gravamen que suponen las acciones de reintegro para la empresa.

Por otra parte, una vez que se disuelve la sociedad de gananciales, las operaciones de liquidación y posterior adjudicación del patrimonio común pueden dilatarse en el tiempo, salvo que exista pacto entre los cónyuges sobre este extremo y que resulta muy conveniente para evitar el menor lapso de tiempo entre estos períodos.

Centrándonos en la actividad empresarial, es necesario contemplar las facultades, poderes y legitimación de los cónyuges sobre los bienes porque no solo es importante conocer la propiedad del bien sino también los poderes de administración y disposición que ostentan sobre él. Así, en la sociedad de gananciales rige el principio de cogestión de los bienes comunes, entre los que puede encontrarse la empresa familiar. Los inconvenientes que pueden presentarse en relación a ello, son entre otros, la ralentización de la economía familiar y de la propia actividad empresarial, que incluso puede llegar al bloqueo por falta de entendimiento de los cónyuges, por lo que será aconsejable modificar las facultades de administración y disposición conjunta por capitulaciones matrimoniales. Un pacto que resulta útil en este sentido, para el mejor funcionamiento de la empresa, es aquel por el que se nombra a un cónyuge como único gestor, y aunque existen diferentes posturas doctrinales al respecto, entendemos que debe admitirse en base a la libertad de contratación entre los cónyuges, y siempre que no revista un carácter de irrevocabilidad de un cónyuge hacia el otro¹⁴⁵.

¹⁴⁴ DEL VALS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económicos matrimoniales y empresa familiar”, en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.) Ed. Civitas, Navarra, 2010, p. 135.

¹⁴⁵ Al respecto compartimos la opinión que mantiene FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 160, “si existe libertad de contratación y por ende posibilidad de donación entre cónyuges, que es lo más, por qué no van a poder concederse facultades de gestión unilateralmente -en cuanto pactados en capítulos- de administración sobre bienes ya existentes. Sin embargo, tratándose de bienes todavía no adquiridos parecen rechazables este tipo de pactos por lo que implica de vinculación futura del cónyuge”. En el mismo sentido, REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, *op. cit.*, p. 117, considera que el pacto por el que se acuerde que la gestión no será llevada de modo conjunto por ambos cónyuges, atribuyendo la gestión única a uno de los esposos con relación a bienes concretos y determinados y también las cláusulas genéricas de gestión exclusiva referida a ambos cónyuges pueden estimarse válidos. Si bien, los actos de disposición de las participaciones sociales requerirá la firma de ambos cónyuges.

En todo caso, si no se quiere optar por el régimen de separación, y se pretende que la empresa no salga del círculo familiar, el reconocimiento de privatividad de bienes que podrían tener naturaleza ganancial o presumirse la misma, es de gran utilidad para evitar situaciones confusas en los procedimientos de liquidación del régimen y puede hacerse uso de ella en capitulaciones matrimoniales o testamento¹⁴⁶.

Los principales inconvenientes de este régimen de comunidad se presentan en el momento de su disolución y liquidación, (i) al tener que dividirse los bienes comunes, a lo que se añade (ii) la limitación de la posibilidad de disponer *mortis causa* de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales para realizar la atribución individual de los bienes, pues para que esta tenga lugar, previamente ha de procederse a la disolución y liquidación del régimen. A pesar de que el art. 1379 CC establece que *Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales*, sin embargo, se trata de una disposición en abstracto que no se concretará hasta el momento de la liquidación, por lo que es complicado aplicarla para disponer de bienes determinados con anterioridad.

Una vez liquidada la sociedad de gananciales es cuando se permite a los cónyuges disponer por testamento de la mitad del remanente aunque la efectividad de las disposiciones de bienes gananciales concretos no se producirá hasta que sean adjudicados en la herencia del testador¹⁴⁷.

Por ello, y al no estar permitido en nuestro ordenamiento los testamentos mancomunados, que en gran medida solucionarían estos problemas, si la empresa es ganancial, se aconseja que los cónyuges coordinen sus testamentos.

¹⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria,” en *Tratado de Derecho de la familia*, op. cit., p. 1020.

¹⁴⁷ A este respecto, GONZÁLEZ – MENESES GARCÍA- VALDECASAS, M.: “El régimen económico matrimonial en el código civil: Una revisión crítica veinticinco años después”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* AA.VV. (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2006, p. 77, señala que si se pretende que al fallecer uno de los cónyuges, el supérstite conserve las mismas facultades que tenían ambos conjuntamente sobre el patrimonio y que un determinado bien ganancial, como puede ser la empresa, se destine a uno de los hijos del matrimonio, resulta muy complicado por el sistema de legítimas de nuestro ordenamiento, al ser exigibles de forma separada en la sucesión de cada uno de los padres. También, LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* VV. AA. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, p. 67, al ser posible el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en cualquier momento, antes y después de contraído el matrimonio, propone este autor, “que sería perfectamente posible disolver la sociedad de gananciales, proceder a su liquidación, otorgar testamento con partición hecha por el propio testador en la que se tuviese la explotación económica o el grupo de empresas formando ya parte de su patrimonio privativo”.

En cuanto a la adjudicación de la empresa ganancial, esta puede atribuírsele al cónyuge encargado de su gestión. Al efecto, señala GARRIDO DE PALMA¹⁴⁸ que en caso de familias empresarias si no se pacta el régimen de separación de bienes es aconsejable incluir la siguiente cláusula en el testamento: “Reconozco la naturaleza ganancial de la empresa x, gestionada por mi esposo-esposa, a todos los efectos legales; de modo que así lo considera, la misma se incluya en su haber ganancial, caso de no ser posible, se me abonará la diferencia en dinero cualquiera que sea la naturaleza del mismo”. Esta cláusula puesta por el cónyuge reconocedor resulta en la práctica medio útil, clarificador y eficaz *inter* cónyuges y no excluye la vía capitular ni su plasmación en escritura pública.

Si en la adjudicación, el valor de la empresa supera la cifra en que se ha fijado el haber del cónyuge adjudicatario, este tendrá que abonar la diferencia en metálico pero existiendo bienes o derechos, es preferible abonarle el exceso al otro cónyuge con estos, al ser menos gravoso porque el pago en metálico puede suponer al cónyuge adjudicatario de la empresa mayores problemas, y en todo caso, de ser así, pactarse su aplazamiento.

Por todo lo expuesto, consideramos que el régimen de la sociedad de gananciales es un régimen que no favorece la planificación de la sucesión porque dificulta las adjudicaciones concretas al existir cuotas sobre el patrimonio ganancial pero no sobre bienes concretos, y si su liquidación resulta compleja en no pocos matrimonios, aun mas en aquellos que uno de los cónyuges es empresario. Además, el sistema de gananciales, en varios aspectos no se ajusta a la realidad social actual, que difiere bastante de la que imperaba en el momento de la promulgación del Código Civil, debido en gran parte a la evolución que ha experimentado la familia. Tampoco encaja con las necesidades de la empresa familiar y requiere en todo caso de los correspondientes pactos para invertir muchas de las normas que lo regulan.

Por tanto, si lo que pretendemos en el ámbito de la empresa es evitar la comunicación de patrimonios, bienes y ganancias comunes, el régimen más adecuado es el de separación de bienes, o en todo caso el de participación, sin embargo en este régimen aunque los cónyuges puedan excluir determinados bienes de la comunidad de

¹⁴⁸ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales”, *op. cit.*, p. 418.

participación o limitar la misma, no parece ajustarse a la realidad de la empresa, que será, por regla general, el bien de mayor valor de los que integran el patrimonio¹⁴⁹.

A pesar de la escasez y casi inexistencia del régimen de participación, opinan algunos autores que tal vez sea el más adecuado al mantener la separación en vida y compensar los desequilibrios en el momento de la disolución, y quizás sea la mejor fórmula para equilibrar la situación económica de los cónyuges empresarios, puesto que siempre la participación será variable en función del incremento económico, incluso podría probablemente ser el régimen económico matrimonial del futuro¹⁵⁰. No en vano, en Alemania es el régimen legal. Quizás el escaso uso que ha tenido en nuestro ordenamiento hasta el momento, obedece a su desconocimiento, si bien reiteramos que en nuestra opinión, por lo que concierne la empresa, no está exento de inconvenientes porque al generarse un derecho de crédito del cónyuge por la participación en las ganancias del otro puede resultar gravoso para el patrimonio empresarial al tener que obtener liquidez para hacer frente al pago.

De ahí que, el régimen de separación de bienes, se haya revelado apropiado en los supuestos de cónyuges profesionales con alto riesgo de responsabilidad civil o

¹⁴⁹ Al respecto, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: Propuestas”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2009, p. 35, afirma que el vigente régimen de la sociedad legal de gananciales se ha revelado como absolutamente ingobernable y deficitario tanto en los supuestos de crisis matrimonial como en los supuestos de crisis económica de la familia, momentos en los cuales es cuando se produce la aplicación de las normas que lo regulan. En el régimen de sociedad de gananciales la crisis patrimonial o empresarial de un cónyuge es de mayor repercusión en el otro que en el régimen de separación de bienes, al existir comunicación de ganancias y por tanto deudas comunes. En cuanto al régimen de participación no ha sido bien acogido a pesar de que modera los efectos del régimen de separación. En este sentido, ANDERSON, M.: “El régimen de participación en las ganancias”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán*. AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A., MARTINELLI GISPERT-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2014, p. 169, quien señala que “ni los cónyuges (contrayentes) ni sus asesores parecen encontrarle ventaja alguna respecto de los regímenes de comunidad o de separación que operan en defecto de pacto en el ordenamiento estatal y autonómico, respectivamente. Seguramente una de las razones por las cuales el régimen de participación se percibe como problemático radica en que, si ya es complicada la liquidación de los regímenes de comunidad, como el de gananciales del CC, más compleja puede resultar aún la determinación de un crédito de participación cuando los cónyuges han actuado durante su vigencia prácticamente como si rigiese la separación de bienes”.

De lo que no hay duda es que la configuración del régimen de gananciales en el Código Civil es compleja, al respecto ROCA TRÍAS, E.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, op. cit., p. 121, propone la adopción de sistemas de comunidad diferida, en los que existe una participación en las ganancias obtenidas durante el matrimonio, sin finalidades igualitarias, sino únicamente participativas.

¹⁵⁰ Es el caso de GOMA LANZÓN, I.: “Régimen económico matrimonial y derechos sucesorios del cónyuge viudo: Tendencias actuales y propuestas d reforma”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 104, REYES LÓPEZ, M. J.: “Economía del matrimonio y empresa familiar”, op. cit., p. 190 y NAVAS NAVARRO, S.: *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 19.

empresarios, matrimonios morganáticos, matrimonios en situación de conflictividad, segundas nupcias o grupos familiares¹⁵¹. Un aspecto importante a considerar en relación a ello, es que en este régimen, al corresponder a cada uno de los cónyuges la administración y disposición de los bienes privativos, cada uno de ellos podrá vender su participación en la empresa familiar sin el consentimiento del otro.

Obsérvese además, que en el régimen de separación de bienes no hay bienes comunes por razón del régimen económico matrimonial y si bien, los cónyuges pueden adquirir un bien en comunidad ordinaria indivisa, será común, pero no por razón del régimen económico matrimonial.

No obstante, la previsión capitular en este régimen servirá para suavizar su rigor separatista, adquirir bienes en común en la proporción que indiquen, y compraventa con pacto de sobrevivencia e incluso cabe la posibilidad de pactar la alteración de compensación que el artículo 1438 CC prevé para el trabajo en casa¹⁵².

Si bien, a pesar de la conveniencia del régimen de separación, en ocasiones no es el querido, por lo que en este caso, si la voluntad es que la propiedad de la empresa no salga del círculo familiar, los reconocimientos de privacidad ya mencionados operan como una solución armonizadora y en el caso de que se pacte un régimen de comunidad deben establecerse las pertinentes limitaciones de bienes o frutos y rentas de determinados bienes y prestar cautela a las operaciones que se realicen de las participaciones de la empresa. Por ello, un pacto que puede incorporarse es la renuncia a participar en determinadas ganancias del cónyuge que provengan de una determinada actividad empresarial, así lo prevé el CCCat (art. 232-31 c y 232-32 e) que permite a los

¹⁵¹ BORRELL GARCÍA, J.: “Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, p. 23.

Vid. MONSERRAT VALERO, A.: “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán*. AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ- MORENO, A., MARTINELLI GISPERT-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2014, p. 157, De hecho, en Europa se observa una tendencia hacia el régimen de separación de bienes. “*Despite the reasons for frequent contractual regulation of matrimonial relations in terms of the separation of property, the fact remains that European spouses tend to determine their matrimonial property independently, either by a premarital contract or by a division agreement not imposed by court (eg., in Denmark and Austria). To sum up, the contractual regulation of matrimonial property relations in Europe shows a clear tendency towards the separation of property*”. RESETAR, B., *op. cit.*, p. 16.

¹⁵² *Vid.* más GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales”, *op. cit.* p. 424. También, BORRELL GARCÍA, J., *op. cit.* p. 31, quien pone como ejemplo una compensación en proporción al incremento experimentado por la empresa, en parte gracias a dicho trabajo, introduciendo una norma semejante a la de los artículos 1359 y 1360 CC, pensados para el sistema de ganancias. Y MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, *op. cit.* p.70, señala que en este régimen conviene que la contribución a las cargas del matrimonio conste en capitulaciones.

cónyuges, respecto a los frutos y rentas de todos los bienes, excluir su carácter de bien común a través de “pacto en contra”¹⁵³.

Entre la doctrina hay algunos defensores del régimen de separación de bienes y otros que no lo encuentran favorecedor y justificado. En cualquier caso, con independencia de las connotaciones de uno y otro régimen, los cónyuges deberán escoger el régimen que mejor se adapte a sus necesidades, no solo familiares sino también a las profesionales o empresariales, por lo que no se pueden establecer reglas generales¹⁵⁴.

4. De los efectos de la liquidación del régimen económico matrimonial sobre la empresa

Por regla general, cuando surge la crisis matrimonial, aparecen los conflictos del régimen económico matrimonial y en la mayoría de los casos, su liquidación tendrá incidencia en la empresa, y si además, no han sido previstas las consecuencias, puede llegarse a la desvinculación entre la empresa y el cónyuge empresario, o incluso, a un peor panorama, el de su desintegración, lo que ocurre por los intereses que se generan en torno a ella de conseguir el poder y control y es que en estos casos el conflicto personal y familiar de la pareja se traslada a la empresa¹⁵⁵.

Ante la crisis del matrimonio, se crea una situación de riesgo para la continuidad de la empresa familiar, sobre todo si la titularidad, o las acciones o participaciones, no

¹⁵³ ARNAU RAVENTÓS, L.: “Titularidades (y otras cuestiones) dudosas....En el régimen de comunidad de bienes”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán*. AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A., MARTINELLI GISPÉRT-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2014, p. 198.

¹⁵⁴ Opinión que mantiene DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, p. 170. En esta misma línea, CRESPO ALLUÉ, F.: “La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes”, en *Los conflictos actuales en el Derecho de familia*. AA.VV. (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2013, p. 52, “ningún régimen económico matrimonial es perfecto ni adecuado a todos los matrimonios. Cada matrimonio debe regir su economía en la forma que estime más conveniente atendidas múltiples circunstancias como la actividad laboral o profesional de los cónyuges, sus respectivos patrimonios, el reparto en la contribución al levantamiento de las cargas matrimoniales, la dedicación exclusiva o compartida al hogar y a la familia, etc”.

¹⁵⁵ *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: Propuestas”, *op. cit.*, p. 22, a pesar del riesgo que conlleva, en materia económico-matrimonial el legislador común permanece pasivo. La sociedad de gananciales precisa de una modificación imprescindible, opinión, que como ya hemos manifestado anteriormente, compartimos debido a que las circunstancias actuales difieren considerablemente de la realidad que propugna el régimen de gananciales y tratándose de los miembros de la empresa familiar puede afectar negativamente a la unidad de la empresa cuando se proceda a la atribución a cada cónyuge de la porción que le corresponda en caso de muerte de alguno de los cónyuges o por disolución del vínculo matrimonial.

son privativas. Ahora bien, son circunstancias que al ser previsibles, pueden regularse mediante los respectivos pactos capitulares, y en su caso, cuando así proceda, en los estatutos de la sociedad¹⁵⁶.

Por lo que respecta a la ruptura, tres elementos inciden en ella: La liquidación del régimen económico matrimonial, las prestaciones alimenticias a cargo, y la pensión por desequilibrio económico¹⁵⁷.

Un aspecto importante a considerar sobre la conveniencia de prever la liquidación en capitulaciones es que hasta que esta tiene lugar, la masa común continua existiendo y son titulares los cónyuges o en caso de fallecimiento de uno de ellos, sus herederos y el cónyuge supérstite, y esta situación no suele ser favorable para la empresa, máxime si se prolonga en el tiempo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ POVEDA BERNAL, M. I.: “Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar”, en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*. VV.AA. (Coord. NOGALES LOZANO, F.) Fundación EOI. Madrid 2007, p. 106, “la situación de separación matrimonial solo será indiferente para el desarrollo de la empresa familiar en el supuesto en que además de la situación de total desvinculación de uno de los cónyuges respecto de la empresa familiar, no existan hijos comunes”.

¹⁵⁷ Análisis que realiza sobre el tratamiento patrimonial de la ruptura FERNÁNDEZ- TRESG.ERRES, A., *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁸ A este respecto resulta interesante la observación de SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. 4ªed. Madrid, 2013, p. 78, en lo que concierne a los problemas que pueden plantearse en las empresas en el período que media entre la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal señala que para ejercer los derechos de socio que correspondan a las participaciones en la empresa familiar que eran gananciales será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Situación que puede complicar, y mucho, el gobierno de la empresa familiar si no hay acuerdo entre los comuneros. El apartado 5 del art. 188 del Reglamento del Registro Mercantil señala: “Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio”. De esta manera, se asegura que en el supuesto que estudiamos sea el propio empresario quien ejerza los derechos de socio, entre otros, el de voto, con exclusión de su ex cónyuge, o que en caso de fallecimiento del socio titular sean los herederos de este, continuadores del negocio y, por tanto, empresarios, quienes ejerzan estos derechos, facilitando así el gobierno de la empresa y la profesionalización en la toma de decisiones, aspecto este de trascendental importancia en las empresas familiares. En definitiva, lo que hace esta norma es posibilitar que en los estatutos de la sociedad limitada se establezca que, en caso de disolución de la sociedad conyugal de la que forma parte el socio, ya sea por fallecimiento del mismo por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, y hasta que dicha sociedad se liquide corresponda al socio, o sus causahabientes, en caso de fallecimiento, el ejercicio de los derechos de socio. Para evitar que se produzca la entrada del cónyuge en la empresa con la liquidación de la sociedad de gananciales y perjudique su continuidad, tratándose de una sociedad, el art. 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital realiza esta previsión: *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se registrará por lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.*

Por lo que al existir una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, es necesario liquidar el régimen económico y los efectos del mismo, se proyectan precisamente en ese momento, y la empresa puede formar parte integrante del patrimonio objeto de liquidación.

En esta coyuntura, son satisfechas las cantidades por reembolso entre los patrimonios de los cónyuges y la sociedad, si esta ha resultado acreedora conforme a los arts. 1359 y 1360 CC, teniendo en cuenta que suele ser habitual no repartir los beneficios porque se reinvierten en la empresa para su crecimiento y expansión. Además, si no se ha pactado sobre este extremo, los dividendos y beneficios de la empresa son gananciales y la sociedad, titular de un derecho de crédito sobre los mismos, por lo que insistimos en la importancia de otorgar los correspondientes pactos limitativos a estos derechos¹⁵⁹.

Obsérvese que aunque el régimen de separación se caracteriza por la inexistencia de patrimonio común, no implica que no sea necesario realizar ninguna operación liquidatoria si los cónyuges han adquirido algún patrimonio en régimen de comunidad de bienes ordinaria que puede ser objeto de liquidación aunque se llevará a cabo conforme a la regulación general de la copropiedad. Si bien, tratándose de cónyuge empresario, y habiéndose acogido al régimen de separación de bienes la lógica presupone que si existe adquisición común, no afectará al patrimonio empresarial¹⁶⁰.

En ocasiones, al producirse el fallecimiento de uno de los cónyuges los bienes comunes quedan en manos del supérstite, quien los administrará y dispondrá de ellos con plenas atribuciones¹⁶¹, por lo que convendrá capitular en previsión de esta situación para acordar la liquidación, e incluso cabe pactar, en el caso de que así interese, que las

Por su parte, ESPINERÍA SOTO, M. I., *op. cit.*, p. 298, destaca la importancia que tienen las escrituras en las que se incluyen las bases de liquidación del régimen de gananciales como presupuesto para realizar los cónyuges en sus respectivos testamentos una partición conforme al art. 1056 CC. “Sería una liquidación practicada en vida para que surta efecto cuando la sociedad se disuelva”.

¹⁵⁹ Vid. VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., *op. cit.*, p. 224-225, señala que la problemática nos viene dada cuando el fruto se capitaliza; por ejemplo, cuando los beneficios de la empresa familiar se reinvierten en la misma, en que se produce una contradicción de intereses entre los cónyuges. Esta contraposición de intereses tiene lugar en tanto en cuanto el cónyuge que sea titular privativo de la empresa no aporta los frutos de la misma a la sociedad, ni antes ni al momento de su liquidación, y el otro consorte puede encontrarse aportando los frutos de, por ejemplo, su trabajo, produciéndose un agravio comparativo entre los mismos. También se puede producir la paradoja de que los dividendos de las acciones de un cónyuge pasen, como frutos, a la sociedad de gananciales, en tanto que aquellos que se obtienen por la vía de sociedades que no reparten beneficios queden en poder exclusivamente del cónyuge titular.

¹⁶⁰ LLAMAS POMBO, E.: “Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión”, en *Nuevos conflictos del derecho de familia*. VV.AA. (Coord. LLAMAS POMBO, E) Ed. La Ley. Madrid 2009, p. 266.

¹⁶¹ En el caso de que los hijos no exijan la división del haber común, *vid.* FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., REYES LÓPEZ, M. J.: *La empresa familiar*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 72.

participaciones de carácter ganancial puedan ser atribuidas al supérstite con preferencia a los sucesores o en su caso al esposo socio íntegramente si la sociedad se disuelve *inter vivos*¹⁶² aunque para preservar el patrimonio empresarial en manos de la familia será mejor excluir determinados bienes integrantes del patrimonio familiar de la adjudicación al cónyuge que no sea titular del mismo a la finalización del régimen. En concreto, un pacto adecuado sería la exclusión de pretensiones económicas sobre la masa patrimonial empresarial del otro cónyuge, si bien esta renuncia debe efectuarla el cónyuge no empresario a cualquier derecho que pudiera corresponderle sobre el patrimonio empresarial en caso de disolución del matrimonio, ya sea por divorcio o fallecimiento¹⁶³.

En otro orden, podría interesar para la continuidad de la empresa que el cónyuge viudo continuase con la actividad, de ser así, resulta igualmente conveniente que se establezca en capitulaciones matrimoniales un pacto a favor del supérstite con el propósito de favorecer la continuidad del cónyuge viudo en el ejercicio de las actividades que realizaba durante el matrimonio valiéndose de los bienes gananciales¹⁶⁴. Debe tenerse en cuenta que si la explotación familiar venía siendo detentada por los dos cónyuges o convivientes, la conservación de la misma en una única mano, la del supérstite se encuentra con varios obstáculos: el sistema legitimario, los principios de intangibilidad cuantitativa y cualitativa que lo inspiran de un lado; y las normas que

¹⁶² Se hace necesario en este aspecto su coordinación con el contenido estatutario previsto. *Vid.* FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.* p. 163. Para caso de crisis matrimonial, *vid.* PÉREZ RAMOS, C.: “Sucesión y crisis matrimonial”, en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. T. I AA.VV. (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson. Madrid 2013, p. 271, propone en primer lugar, que si se quiere dar la posibilidad a los demás socios-familiares de adquirir dicha participación o acción, consiste en estipular en los estatutos sociales un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios que operaría cuando las acciones o participaciones sociales se adjudicaran al socio no familiar como consecuencia de la nulidad, separación o divorcio. En segundo lugar, haciendo constar en los estatutos sociales como causa de exclusión el que tras la liquidación de gananciales derivada de la nulidad, separación o divorcio, resulte como socio el excónyuge no familiar.

¹⁶³ En la jurisprudencia norteamericana existe el conocido caso *Scherer*, en el que los novios suscriben un pacto prematrimonial mediante el que la futura esposa renuncia a cualquier derecho que pudiera corresponderle en caso de muerte sobre el patrimonio en la Compañía *Scherer* a cambio de que el futuro marido suscriba una póliza de seguro de vida a favor de la esposa. Para ambos novios es el segundo matrimonio, al que cada uno aporta hijos del anterior enlace. El novio era propietario de un importante número de acciones de la compañía *Scherer*, fundada por su padre y perteneciente a su familia, además ejercía como director gerente de esta. El deseo del novio era que el patrimonio permaneciera en la familia y se transmitiera a los hijos de su primer matrimonio. *Vid.* CERVILLA GARZÓN, M. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, *op. cit.*, p. 69. Aunque la legislación norteamericana difiere de la nuestra, si puede ser el ejemplo expuesto, un supuesto a considerar por los empresarios que se disponen a ordenar su sucesión.

¹⁶⁴ REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, *op. cit.*, p. 306.

rigen la partición por otro junto con la imposibilidad de adoptar pactos sobre la herencia futura prevista en el art. 1271 CC¹⁶⁵.

También, se podría pactar que se mantuviera la sociedad conyugal entre el cónyuge sobreviviente y los herederos pero por regla general, estas situaciones de comunidad no favorecen a la continuidad de la empresa, y en todo caso son estados transitorios y no soluciones definitivas.

De todos modos, cuando la disolución del matrimonio se produce por el fallecimiento de los cónyuges, la asignación patrimonial del cónyuge supérstite dependerá de si la sucesión es testada o intestada.

Otro posible pacto sería acordar una participación diferente a la mitad en el reparto de las ganancias para cuando se disuelva la sociedad de gananciales conforme al art. 1429 CC, pero siempre que el pacto sea recíproco¹⁶⁶.

De lo que no cabe duda es que la realidad que presentan los regímenes de comunidad en el periodo de liquidación es una mayor complejidad en comparación con los regímenes de separación, por la comunidad postganancial sin adjudicaciones concretas de bienes que se genera.

Además de los efectos referidos que conlleva la liquidación del régimen por ruptura matrimonial, puede verse aún más complicado si el cónyuge del empresario trabaja en la empresa o es titular de parte del accionariado. Piénsese en el supuesto en que las acciones de la empresa son gananciales y en la liquidación de la sociedad se adjudiquen algunas al ex cónyuge del socio familiar, si bien esta situación puede solventarse con el derecho de preferencia y para la actividad laboral del cónyuge no empresario se debe pactar su limitación al periodo de duración del matrimonio¹⁶⁷.

En lo que respecta al régimen de participación aunque sea a efectos meramente contables, en la liquidación se crea una comunidad ficticia y un posible derecho de crédito que nace a favor del cónyuge que menos beneficios ha obtenido y que participa

¹⁶⁵ Así lo advierte GONZÁLEZ ACEBES, B.: “Promoviendo a la mujer en la sucesión de la empresa agraria”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 550.

¹⁶⁶ Este pacto está regulado expresamente en el Código de Familia de Cataluña. Su validez en el Derecho común es admitida, al referirse a bienes concretos y no a toda la herencia. GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, en *Tratado de Derecho de la familia*, op. cit., p. 1028.

¹⁶⁷ POVEDA BERNAL, M. I., op. cit., p. 116.

en la diferencia de ganancias por cada uno de ellos, lo que puede repercutir en la empresa si corresponde al empresario abonar al otro cónyuge esa diferencia, tal y como ya expusimos.

Si bien, el régimen de separación es el que menos problemas presenta en los casos de disolución del matrimonio, opinan algunos autores que el desequilibrio patrimonial al que en ocasiones da lugar, produce que a su extinción el cónyuge menos favorecido no solo pretenda la existencia de situaciones de cotitularidad sino que también invoque el derecho reconocido a obtener una compensación, que cada vez dificulta más la sencillez liquidatoria del régimen de separación. Consecuencia de ello, es que se alteran las reglas del régimen por parte de los tribunales para evitar las posibles consecuencias injustas que produce la disolución -mediante la compensación vía art. 1438 CC-, efecto que podrán paliar los cónyuges con la renuncia a la compensación en el momento de la disolución si es más acorde a sus intereses¹⁶⁸.

Parece que la compensación de los desequilibrios patrimoniales puede conllevar a desvirtuar el régimen, y entendemos que no debería ser así, puesto que si los cónyuges han optado por ese régimen han asumido las reglas del mismo y en caso de que haya sido su voluntad alterar alguna de ellas para adaptarlo a sus circunstancias particulares, habrán formalizado las correspondientes capitulaciones matrimoniales.

En cualquier caso, para determinar si un régimen económico es el adecuado o no deben de tenerse en cuenta distintos factores, pudiendo incluso regir la sociedad de gananciales y mantener la empresa como privativa dentro del patrimonio privativo de

¹⁶⁸ Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial”, *op. cit.* p. 2127. A este respecto, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja”, *op. cit.*, p. 194, entiende que “una vez que los cónyuges hayan optado por un régimen determinado deberán asumir la responsabilidad de haberlo adoptado, con las consecuencias que conlleva la elección”, y no considera adecuado que se trastocuen las reglas por los tribunales.

Por su parte, MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La compensación económica por razón del trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña. Algunas cuestiones civiles y fiscales” en *Indret* [En línea], núm. 1. 2012. Disponible en: <http://www.indret.com/es/index.php>, p. 8, señala que “el legislador catalán ha sido sensible a la demanda social y doctrinal que preconiza la necesidad de atemperar determinados efectos perversos del régimen para los casos de separación, nulidad, divorcio y muerte, que permite compensar determinados desequilibrios patrimoniales que son consecuencia directa de la mayor dedicación de uno de los cónyuges a la familia o a las actividades económicas del otro cónyuge. Se trata de un mecanismo que trata de paliar la desigualdad entre los esposos que puede producirse en el régimen de separación absoluta. La función social de la institución es, por tanto, procurar la compensación de un perjuicio patrimonial, derivado de una actividad realizada por uno de los cónyuges, basada en la buena fe y en el principio de confianza-la estabilidad de la convivencia- que, en un momento determinado, se ve defraudada por la crisis matrimonial. En definitiva y como regla, a partir de ahora se aplica a todos los casos de liquidación del régimen de separación. Es una medida que determina que el “régimen de separación” es de separación pero menos”.

cada cónyuge o mantener a uno de ellos apartado de la gestión de ciertos bienes o reinvertir las ganancias en el mantenimiento de la empresa familiar y tan solo los beneficios netos ingresarlos en el patrimonio ganancial. Todo ello se consigue con el establecimiento de los pactos adecuados, al tener los cónyuges libertad de pacto en este ámbito¹⁶⁹.

Por todo lo analizado, podemos concluir que en nuestra opinión la solución más armonizadora para la empresa es que los cónyuges acuerden el régimen de separación de bienes y mediante pactos lo adapten a su situación, al entender que en el ámbito empresarial el mínimo prudente será pactar este régimen porque es el sistema que permite separar las relaciones patrimoniales entre cónyuges de las relaciones patrimoniales específicas de la empresa, y no es preciso dividir ningún patrimonio común ni compensar ganancias y permite autonomía patrimonial de cada uno de los cónyuges, gestionando cada uno sus propios bienes, lo que no ocurre en la comunidad de gananciales donde rige la administración conjunta en cuanto de la masa común e individual respecto a los bienes privativos, de modo que presenta un panorama más complejo de las relaciones de los cónyuges¹⁷⁰.

¹⁶⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes," *op. cit.* p. 173. También, *vid.* MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., *et al.*, *op. cit.* p. 161, "uno de los efectos propios de la separación matrimonial es la disolución de la sociedad conyugal, la cual exige la oportuna liquidación, que en el supuesto de existir el régimen de separación de bienes quedará restringida al pago de las contribuciones atrasadas y/o gastos comunes, así como a satisfacer las compensaciones que procedan entre los respectivos patrimonios de cada uno de los consortes. Téngase en cuenta que en este sistema se entremezclan las relaciones personales con las económicas del matrimonio, existiendo un trasvase de fondos de un patrimonio a otro, que en algún caso puede afectar hasta a bienes privativos". Señala SCHERPE, J. M.: "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*" en *Indret* [En línea], número 2, 2012. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/890_es.pdf, p. 17-18, que "los regímenes económico matrimoniales de las jurisdicciones continentales delimitan los derechos de propiedad de los cónyuges y proporcionan reglas claras de división de los bienes en caso de divorcio, pues existen normas claras sobre la división de los bienes en caso de divorcio. El régimen económico matrimonial por defecto puede no ser el adecuado para todos los matrimonios (aunque probablemente lo sea para la gran mayoría), pero los sistemas jurídicos continentales otorgan prioridad a la seguridad jurídica sobre la equidad individual con respecto a la propiedad, otorgando a los otros efectos de la ruptura un tratamiento separado (mayoritariamente discrecional) a través del *maintenance*. No obstante, dado que ello podría conducir a dificultades en algunos casos, los acuerdos matrimoniales se permiten en todas las jurisdicciones, permitiendo a la pareja optar por un régimen distinto al que se aplica por defecto y alcanzar sus propios acuerdos con respecto a las relaciones de propiedad".

¹⁷⁰ En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, el art. 232-7 CCCat permite pactar el incremento, reducción o exclusión de la compensación por trabajo tal como dispone el art. 231-20 del mismo cuerpo legal. "Para la validez del pacto se habrán de cumplir los requisitos que exige esta norma". *Vid.* MONSERRAT VALERO, A., *op. cit.*, p. 164.

Al respecto, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja", *op. cit.*, p. 182, opina que "en contra de la tendencia que impera en la actualidad, el esposo/esposa que se aplica al cuidado de la familia y que además trabaja fuera deberá optar por un régimen de gananciales (o de participación), pues quedará

5. Recapitulación: Pactos que favorecen la continuidad de la empresa

Las capitulaciones resultan un instrumento de planificación y ordenación del patrimonio familiar y empresarial que favorece a la conservación y continuidad de la empresa y al poder otorgarse después del matrimonio permite a los cónyuges pactar futuros acuerdos.

Por su parte, los pactos en previsión de ruptura matrimonial son convenientes, sobre todo si estamos ante familias recompuestas o reconstituidas en las que existen hijos no comunes, pertenecientes a ramas distintas, donde es más probable que surjan conflictos de intereses.

Además es conveniente que el empresario o ambos cónyuges, si son empresarios, al contraer matrimonio, establezcan la adscripción de los bienes al patrimonio correspondiente y de los que adquieran en un futuro para evitar posteriores situaciones de confusión de titularidad. La finalidad última que se persigue con todo ello es preservar el carácter privativo de los bienes que integran el patrimonio empresarial.

Por su claridad, asumimos los posibles pactos a incluir en las capitulaciones matrimoniales para favorecer la continuidad de la empresa familiar que recoge SERRANO GÓMEZ¹⁷¹:

perjudicado sobremanera si prosigue la tendencia del entendimiento actual del régimen de la separación y la compensación ex artículo 1348 CC”.

¹⁷¹ SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la familia*, op. cit., p. 1096. En el mismo sentido, BAREA MARTÍNEZ, M. T., op. cit., p. 135, en el marco del régimen de sociedad de gananciales, podrían incluirse en capitulaciones pactos tales como: 1) el pacto de que, concurran o no todos los presupuestos para la aplicación del art. 1406 CC, el cónyuge miembro de la familia o, en su caso, fundador de la empresa, tenga tal derecho de preferente adjudicación respecto de ésta 2) el pacto recíproco de total exclusión de ambos cónyuges de cualquier pretensión sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio empresarial familiar del otro cónyuge, aunque tengan carácter ganancial, en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio 3) pactos sobre la valoración del derecho de reembolso que corresponde a la sociedad de gananciales en caso de inversión de fondos comunes para la mejora o ampliación de una empresa privativa de alguno de los cónyuges o para la adquisición de nuevas acciones o participaciones derivadas de la titularidad de otras privativas de alguno de los cónyuges, sobre todo en previsión de que la mejora no subsista al tiempo de disolverse la sociedad de gananciales, o 4) el pacto recíproco de total exclusión de tal derecho de reembolso. Y en el marco del régimen de separación de bienes, podrían incorporarse a las capitulaciones pactos como los siguientes: 1) el pacto de que la llevanza de la empresa implica su titularidad y propiedad, acentuando así la separación absoluta y eludiendo la presunción del art. 1441 CC; 2) el pacto de que las empresas fundadas durante la vigencia del régimen pertenecerán a ambos cónyuges por mitad; o 3) el pacto de atribución preferente al cónyuge supérstite de la totalidad de la empresa fundada por ambos durante el régimen de separación (a modo de “pacto de sobrevivencia”).

Respecto a los derechos de atribución preferente, vid. GOMÁ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo”, en *Instituciones de Derecho Privado* T.V, Vol. 3º AA.VV. (Coord. DELGADO DE MIGUEL, J.

- Adjudicación preferencial contractual. En el momento de realizar la liquidación de la sociedad conyugal, se adjudican determinados bienes a uno de los cónyuges con exclusión del otro. Para que este pacto sea efectivo es necesario que existan bienes o metálico suficientes para poder satisfacer íntegramente la parte que le corresponde al otro cónyuge.
- Hacer uso de la facultad que se reconoce en el art. 1406.2 CC en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, por la que cada cónyuge tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber “la explotación económica que gestione efectivamente”.
- Exclusión de pretensiones económicas de cualquiera de los cónyuges, referidas a bienes integrantes del patrimonio empresarial del otro cónyuge.
- Pactos con trascendencia sucesoria, entre los que esta la promesa de mejorar o no mejorar o incluso realizar la mejora en las propias capitulaciones.

F.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2005, p. 867, “en la mayoría de las legislaciones españolas estos derechos de atribución preferente no se conceden exclusivamente para el caso de disolución por fallecimiento de un cónyuge sino que, en relación con algunos bienes concretos, pueden ser ejercitados tanto en el caso de liquidación de la sociedad conyugal por ambos cónyuges, en vida, como en el caso de liquidación por haber fallecido uno. En todos los casos, el fundamento último del precepto es evitar la desvinculación física entre el bien de que se trata y el cónyuge beneficiario, aunque luego en la aplicación de este objetivo a cada bien concreto se encuentren razones diversas: desde la *affectio* que se pueda tener en relación a determinados bienes como la vivienda, ajuar u objetos personales o de familia, hasta la consideración de que esa relación preexistente con tales bienes ha sido fuente de producción de bienes gananciales, como los instrumentos de trabajo o el local donde se ejerce la profesión”.

Para que sea efectiva la adjudicación preferente, el art. 1406 CC exige que el cónyuge titular de la misma haya llevado a cabo la explotación que gestione efectivamente y con ello conservar y continuar la actividad de la empresa. Anteriormente a la reforma de la LSLNE se hacía referencia al derecho de atribución preferente de que podía valerse el cónyuge respecto a la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo. Al efecto, REYES LÓPEZ, M. J.: “Economía del matrimonio y empresa familiar”, *op. cit.*, p. 175, afirma esta autora que la acepción actual de explotación económica es generalizadora y poco precisa. No se pronuncia el código sobre el supuesto de que la explotación fuese gestionada conjuntamente por ambos cónyuges y soliciten la inclusión de la misma en su haber. En este caso se generaría un peligro de división y fraccionamiento y más agravado en el caso de que no haya otros bienes de carácter ganancial ni incluso privativos.

Según FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.* p. 101, puede ser útil coordinar la cláusula estatutaria o pacto social que permita al socio recuperar el bien aportado con capitulaciones matrimoniales en virtud de las cuales se amplíe el derecho de atribución preferente del consorte fuera de los límites del art. 1406 CC.

Por su parte, SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *op. cit.* p. 89, señala que pueden regularse mediante pacto capitular los efectos económicos entre los cónyuges de las acciones o participaciones liberadas, obtenidos por uno de ellos como consecuencia de la titularidad de otras acciones o participaciones privativas. Puede pactarse que no devenguen crédito ganancial, cualquiera que sea el propietario de los títulos que den origen a la entrega de nuevas acciones liberadas (pacto recíproco para evitar que pueda entenderse que limita la igualdad entre los cónyuges). De esta forma, se evitan problemas llegado el momento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Así, en previsión de los efectos que pueda tener la adjudicación preferencial, puede especificarse en capitulaciones quien de los cónyuges es el que gestiona la empresa.

Insistimos de nuevo en la importancia de regular en el ámbito de la empresa familiar, la administración de los bienes que corresponden a los hijos menores en caso de fallecimiento del progenitor empresario, así como ante una ruptura matrimonial, donde si no se ha previsto ninguna disposición al respecto, puede corresponder la administración al ex cónyuge del fallecido, saliendo de la esfera de control de la familia. Para evitar esta consecuencia puede pactarse la exclusión del otro cónyuge de la administración de los bienes dejados en testamento y también un pacto conveniente es el nombramiento de tutor como medida preventiva de esta situación.

Por otra parte, además, mediante vía estatutaria puede haberse atribuido a los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del fallecido, de manera se evite la entrada en la sociedad de personas no deseadas.

Con los pactos capitulares ante todo se trata de mantener la empresa dentro de la familia y evitar su disgregación. Así, consideramos que si se pacta el régimen de sociedad de gananciales deben preverse mayores pactos capitulares que en el régimen de separación de bienes para mantener la empresa en manos de la familia. Considérese que la transmisión del patrimonio empresarial va a estar condicionada por la transmisión del patrimonio familiar, razón por la que es importante otorgar las respectivas capitulaciones para ordenar la economía del matrimonio y los efectos tras la disolución. Todo ello para preservar con la máxima claridad la propiedad de la empresa y su gestión por parte de la familia consanguínea más allá de las vicisitudes de estos con sus matrimonios respectivos y preservar en todo momento la propiedad empresarial de la familia en manos de la misma con el fin de mantener siempre garantizada la capacidad de gobernar su empresa¹⁷².

Esta necesidad se incrementa aún más en el régimen de comunidad, por lo que es conveniente establecer las cláusulas relativas a la liquidación del régimen.

¹⁷² De esta manera lo expresa NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*, op. cit., p. 151, estas son contenidos entre otros que deben incorporarse a todo protocolo.

Al ser las capitulaciones matrimoniales un instrumento que puede modificarse tantas veces como deseen los cónyuges, bien para sustituir o ampliar capítulos, o para cambiar el régimen matrimonial, el empresario deberá adaptarlo a las nuevas situaciones que vayan surgiendo¹⁷³.

III. PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIALES

1. Reflejo de la evolución del Derecho de familia

La disolución de la relación matrimonial puede instarla cualquiera de los cónyuges. Por ello, el pacto prematrimonial en previsión de ruptura es conveniente para preservar la permanencia y estabilidad de la empresa¹⁷⁴.

Partimos de la premisa que producida la ruptura es cuando frecuentemente van a surgir los problemas, momento en el que el acuerdo entre las partes se hace efectivo y será siempre menos conflictivo que un procedimiento judicial porque por regla general, la mejor solución será la que ha sido negociada por los sujetos implicados. Además, las partes conforme a la autonomía de la voluntad de la que disponen para configurar sus relaciones, adaptarán el pacto a sus circunstancias y necesidades concretas¹⁷⁵.

¹⁷³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Las capitulaciones matrimoniales”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, p. 611, “los motivos que determinan sobre todo que se otorguen capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio son la existencia de una crisis matrimonial, como la antesala de la separación o el divorcio y la adopción de medidas de salvaguarda del patrimonio familiar, previniendo eventuales riesgos económicos y reveses de fortuna que pueden surgir a consecuencia de las actividades económicas que alguno de los cónyuges pueda llevar a cabo en el futuro. Las diversas razones que justifican que la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial constante matrimonio, no implican que, a diferencia de lo que acontecía no hace muchos años, sea infrecuente el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con anterioridad a la celebración del matrimonio. La realidad social demuestra cada vez con mayor intensidad que se otorgan capitulaciones matrimoniales antes de celebrarse el matrimonio. Cada día que pasa se opta más al contraer matrimonio por la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, que cuenta con una amplia regulación en el Código Civil, debido principalmente a la plena incorporación de la mujer al mundo laboral y a que son frecuentes las segundas nupcias”.

¹⁷⁴ Con carácter previo, señalar que en rigor pactos prematrimoniales serían los acuerdos celebrados con anterioridad al matrimonio y capitulaciones matrimoniales los pactos relativos al matrimonio. *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., et al., *op.cit.* p. 472.

¹⁷⁵ En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano” en *Diario La Ley* nº8011, sección Doctrina, 29 de enero de 2013, p. 1, “junto a las soluciones convencionales a conflictos ya generados, sustrayéndolos a la decisión (que no al control) judicial, se encuentran los instrumentos consensuales preventivos del conflicto que, aprovechando esta tendencia pactista, son desempolvados y traídos al mundo del Derecho. Los acuerdos prematrimoniales no son ajenos al Derecho continental, donde existe una tradición de acuerdos prematrimoniales sobre regímenes económicos matrimoniales a modo de capítulos matrimoniales. No así en Derecho anglosajón, que desconocía el pacto previo al matrimonio. Quizás por esto último los acuerdos prematrimoniales, su teoría, nacen en países como Estados Unidos, donde eran

A partir de la Ley 30/1981 de 7 de julio, se deja al arbitrio de la autonomía privada la regulación de las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio y aunque no estemos ante un reconocimiento ilimitado de la libertad de pactos, se trata de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que distanciados, solo podrían formular un juicio demasiado abstracto. Nadie más idóneo que los propios interesados para crear su propia normativa porque son los que mejor conocen sus circunstancias, y evitan así la intromisión del juez en este ámbito íntimo de la familia¹⁷⁶.

En este sentido, los acuerdos prematrimoniales implican considerar la transformación social del concepto de familia, e, incluso, de las nuevas formas de familia¹⁷⁷.

En el Derecho estadounidense, donde nacieron los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, cada día es más usual su adopción debido a diversas razones económicas y sociológicas, entre ellas, la participación activa de los cónyuges en el manejo de empresas familiares¹⁷⁸.

desconocidos, en todas sus variantes, y donde la flexibilidad propia de su Derecho permite su nacimiento y consolidación por la vía de los operadores jurídicos”.

“It is axiomatic that if parties sign up to a pre-nuptial agreement with good intentions, it is more likely than not that they will adhere to its terms in the event of a divorce which in turn reduces the risk of litigation should a marriage subsequently break down”. HARPER, M., FRANKLE, B., *op. cit.*, p. 126.

¹⁷⁶ TAMAYO HAYA, S.: “Los pactos sobre cuestiones matrimoniales en las crisis conyugales: Comentarios a la STS de 21 de diciembre de 1998” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* nº 1 1998, p. 444-445, “suponía una norma nueva y radicalmente innovadora que daba muestras del proceso de privatización que la institución matrimonial había sufrido con la reforma, enmarcado dentro de la tendencia del moderno derecho de familia hacia la desjudicialización. El giro fue transcendental en cuanto que no se pasó meramente de la tolerancia a la intolerancia sino de la prohibición al fomento, en un intento de conseguir un arreglo amistoso de las cuestiones, tanto personales como patrimoniales que la separación y el divorcio suscitan”. Estamos de acuerdo con la autora que esta ley supuso una novedad fundamental y un referente en el ámbito del Derecho de familia.

También, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Autonomía patrimonial de los esposos y cogestión de la sociedad conyugal: La necesaria reforma del sistema derivada de su incompatibilidad,” en *Los conflictos actuales en el Derecho de familia* (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2013, p. 31, refiriéndose a los supuestos de crisis afectiva expresa que “cuando la manzana de la discordia se instala en el hasta entonces plácido hogar las normas se tornan ingobernables y el sistema de gananciales evidencia todas sus deficiencias que las bajezas de los esposos, ahora enemigos irreconciliables, acrecienta”.

¹⁷⁷ Así lo manifiesta ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Del modelo de Los Estados Unidos de América a la realidad española” en *Nul. Estudios sobre invalidez e ineficacia*. nº 1, 2010, p. 1.

¹⁷⁸ GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial. Los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre 2011, p. 2582, “estamos ante un inexorable proceso europeo de apertura a la admisión de la autonomía negocial de los miembros o futuros miembros de la pareja matrimonial en campos jurídicos en que tradicionalmente esta autonomía había sido excluida en pro de la naturaleza de los *ius cogens* de la mayor parte de las normas”.

El propio *Uniform Premarital Agreement Act* define el acuerdo prematrimonial como un acuerdo entre los futuros cónyuges, realizado en previsión del matrimonio y para surtir efectos en el mismo. Si bien, los pactos prematrimoniales son contratos especiales, así se entiende en los *Principles of the Law of Family Dissolution. Analysis and Recommendations*, que publicó *The American Law Institute*, son contratos especiales donde no se puede hablar de libertad total ni partes exactamente iguales a la hora de negociar y resolver los contratos, no son meros contratos mercantiles, lo que supuso romper con la solución dada en el caso *Simeone v. Simeone*¹⁷⁹.

Los pactos prematrimoniales, -como contratos-, se fundamentan en la voluntad de las partes de autorregular sus relaciones y adelantarse a las consecuencias y efectos que se puedan derivar, por el interés cada vez mayor, de las parejas en diseñar una normativa reguladora para su relación a la medida de sus circunstancias económicas y personales¹⁸⁰. De manera que reglan la incertidumbre, sin olvidar el equilibrio que debe existir entre la protección de la familia y libertad de los cónyuges. Podemos decir que los acuerdos prematrimoniales pivotan sobre el difícil equilibrio entre el orden público familiar y el derecho de autonomía de los particulares¹⁸¹.

¹⁷⁹ No están incluidos en este instrumento ni los acuerdos entre parejas en situación convivencial asimilable al matrimonio, ni los acuerdos posnupciales o de separación y de divorcio. *Vid.* ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Del modelo de Los Estados Unidos de América a la realidad española”, *op. cit.*, p. 16 y 27.

¹⁸⁰ Observación que realiza FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 263

¹⁸¹ ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Acuerdos prematrimoniales. Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia op. cit.*, p. 277.

Por su parte, MEDINA ALCOZ, M., HERAS HERNÁNDEZ, M., IGLESIAS CARIDAD, M., *op. cit.*, p. 480, señalan que “son pactos prospectivos (pro futuro), planeados para una eventual aplicación en el caso de producirse la ruptura matrimonial; y son previsores (ex ante), porque se anticipan a los problemas que suscite la posible e incierta crisis matrimonial, proporcionando soluciones”.

Si el matrimonio es considerado como un contrato no debe haber ningún inconveniente en que exista libertad contractual siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad. En el derecho americano la propia acepción del matrimonio como contrato es muy particular. “*The answer is that American law does not treat marriage as a contract at all, even though the word “contract” is often used metaphorically to describe it. The fact is that the rules of marriage are not determined by agreement of the parties but by the state, which is entitled to change the along the way. And as we have seen, while the state may allow the parties to set their own rules via marital contracts, it is not bound to honour their choice, and often does not*”. ELLMAN, I, M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, p. 436.

Para SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, p. 328-329, “el matrimonio-contrato parece definitivamente haberse impuesto al matrimonio-institución, aunque lo relevante es que, con independencia de que se privatice, sigue siendo un estado civil, si bien el concepto de este también ha evolucionado. En efecto, se evoluciona de una regulación imperativa (con el consentimiento matrimonial se aceptaba una regulación imperativa sin prácticamente ámbito para la libertad de decisión de los cónyuges) a una regulación contractual con amplio margen para la libertad de autorregulación de los cónyuges, sin desde luego, dejar de ser un estado

Si bien, nos encontramos que en materia de pactos en previsión de una ruptura matrimonial, nos encontramos a caballo entre el Derecho de contratos y el Derecho de familia, por lo que aunque los pactos de naturaleza económica son una materia disponible por los particulares siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad, exige una medición más cuidadosa y rigurosa que la que pueda ser requerida en otros ámbitos estrictamente contractuales¹⁸².

La finalidad que tienen estos pactos, es mantener el control sobre el patrimonio después del matrimonio y que su conservación no se vea amenazada por una situación de crisis matrimonial no prevista y son útiles tanto si la empresa es privativa como común para conservar dentro de la familia la titularidad de la misma¹⁸³. Al regular *ex ante* las consecuencias que se derivarían en caso de que surgiera la ruptura tienen una función preventiva.

El contenido de los pactos puede ser muy variado y amplio, con tal de que sea lícito, son un instrumento flexible y abierto que permite regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges de acuerdo a su voluntad. En Estados Unidos suelen versar sobre tres áreas de derechos y reclamos económicos: (i) derechos patrimoniales en el ámbito de la disolución matrimonial por muerte de uno de los cónyuges, (ii) derechos patrimoniales en el escenario de la eventual disolución del vínculo matrimonial por razón del divorcio y (iii) derechos relacionados a las pensiones compensatorias o de alimentos con ocasión del divorcio¹⁸⁴.

civil, que, por otra parte, no altera la capacidad de obrar de los cónyuges. Prueba de ello es en el Código Civil catalán, el reconocimiento de una amplia libertad a los cónyuges para pactar en previsión de la ruptura”.

¹⁸² GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, p. 2609.

¹⁸³ “La práctica notarial ha revelado que el fenómeno creciente de la reconstitución familiar y el número de matrimonios en los que uno de los cónyuges es extranjero y el otro español ha propiciado en mayor medida el recurso a la celebración de estos pactos con relación a parejas en las que no destaca un especial nivel económico o una estructura empresarial familiar que requiera el otorgamiento de dicho acuerdo”. RUBIO GIMENO, G., *op. cit.*, p. 53.

Desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, AGUILAR RUIZ, L.: “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 106, “la fijación ex ante de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del “negocio”, las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no, lo que redundará después en unos menores costes de litigación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio”.

¹⁸⁴ FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 293.

Unos pactos útiles a considerar por los cónyuges serán los que pretendan facilitar la división de los bienes en comunidad entre ellos o si fuera el caso, entre convivientes.

2. Reseña sobre su regulación. Especial referencia a la regulación en el ordenamiento catalán

En el Derecho estadounidense, donde nacieron los acuerdos prematrimoniales, los futuros cónyuges disponen de un gran margen de actuación, alcanzando incluso a previsiones de carácter sucesorio; no ocurre lo mismo en el Derecho inglés y gales donde tradicionalmente se ha negado toda eficacia a estos acuerdos, si bien, se observa una evolución hacia su admisibilidad¹⁸⁵.

En la mayoría de las legislaciones europeas se permite el pacto entre los cónyuges acerca del régimen económico matrimonial y su modificación¹⁸⁶, no obstante, algunos ordenamientos han sido reticentes a admitir los pactos prematrimoniales porque los entienden como un “acuerdo de divorcio”, en el que la pareja ya está programando su ruptura y como instrumentos que incentivan la disolución del vínculo, a la vez que aminoran el grado de compromiso. Sin embargo, no compartimos este argumento y consideramos que al tratarse de acuerdos alcanzados por las partes, fruto de su voluntad y facultad de autorregulación son más efectivos en aras a su cumplimiento. Al igual que los cónyuges pueden pactar antes de contraer matrimonio sobre la futura convivencia, pueden hacerlo también sobre las consecuencias de una posible ruptura. Por tanto, no existen razones para impedir su admisibilidad, salvo en lo referente al aspecto sucesorio,

¹⁸⁵ CERVILLA GARZÓN, M. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, op .cit. p. 139, “la sentencia en el caso *Radmacher v. Granatino* (2010) supone el reconocimiento de los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra como fuente de derechos y obligaciones para los contrayentes. La influencia del derecho norteamericano es patente en la forma de proceder el Tribunal, lo que es un indicio de cómo el Derecho estadounidense se está imponiendo fuera de sus fronteras”.

¹⁸⁶ Vid. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., op cit., p. 101.

También, CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Consecuencias patrimoniales para el caso de ruptura y acuerdos prematrimoniales: De la inmoralidad a la moralidad”, en *Personne et patrimoine en droit* (Dir. VIOLET, F.) Ed. Bruylant. Bruxelles, 2015, p. 403, la doctrina en Europa sobre acuerdos prematrimoniales que justifica su admisibilidad se construye sobre la base de la doctrina norteamericana. En España ha sido el legislador autonómico catalán quien ha dictado la primera legislación de Derecho continental que, específicamente, regula estos acuerdos.

Por su parte, MARTÍNEZ NOVO, S.: “Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales” en *Iuris*, diciembre 2009, p. 37, señala que los judíos desde tiempos inmemoriales, vienen haciendo uso de la llamada *ketubah*, consistente en un acuerdo prenupcial que forma parte integrante del matrimonio tradicional judío.

en aquellos ordenamientos, -como el nuestro-, en que exista prohibición para celebrar pactos sucesorios¹⁸⁷. Lo contrario, no tendría sentido, más si pretendemos que el Derecho se adapte a la realidad social. Téngase en cuenta por lo que respecta a la admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura, que la misma se ubica en el concepto de matrimonio y el carácter de estabilidad o permanencia que es inherente al mismo, unido a la protección de la familia que garantiza el legislador¹⁸⁸.

Bien es cierto que la validez y exigibilidad de los pactos sobre aspectos personales plantea mayores dificultades que los patrimoniales, sobre todo en el caso de que existan menores, al prevalecer el interés de estos y tener que ser valorado judicialmente.

Respecto a los pactos de exclusión y limitación debemos señalar que no caben porque no se permite la renuncia genérica aunque sí puede renunciarse a participar cada cónyuge en los ingresos o beneficios de los negocios del otro y en el ámbito de la empresa familiar puede resultar de gran utilidad y muy conveniente su acuerdo¹⁸⁹.

En nuestro ordenamiento, el otorgamiento de los pactos prematrimoniales se está incrementando, sobre todo, cuando se trata de segundos o ulteriores matrimonios, personas de avanzada edad o de holgada posición económica, como también cuando se trata de negocios heredados o singulares. Aunque en Derecho común no existe

¹⁸⁷ Al efecto, RUBIO GIMENO, G., *op. cit.* p. 57, “la resistencia respecto a la admisión del pleno despliegue de la autonomía privada ha venido dada sobre todo, por la eventual restricción que los pactos celebrados puedan suponer para la libertad de tomar la decisión de romper el vínculo de pareja y, en definitiva, por el abuso que el cónyuge económicamente fuerte pueda ejercer sobre el débil, viciando, incluso, el consentimiento prestado al pacto en previsión de futura ruptura”.

Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 730, 2012, p. 1033.

¹⁸⁸ Así lo expresa CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Consecuencias patrimoniales para el caso de ruptura y acuerdos prematrimoniales: De la inmoralidad a la moralidad”, *op. cit.* p. 302, en esta misma línea, SCHERPE, J. M., *op. cit.*, p. 486-487, “*at the same time, unfortunately, more and more marriage end in divorce in all jurisdictions. Family pattern have changed, and often spouses will have been married before and children from previous relationships will live with them. The nature of marriage has changed as well. Divorce is perhaps not the rule (and hopefully never will be) but it certainly is no longer a rare exception. With divorce being a reality of life, an agreement regulating the financial consequences of such an (undesired) event is no longer unthinkable, but by many seen as “common sense”; not doing so could be seen as “failing to plan” rather than “planning to fail”. The fundamental public policy objections against marital agreements, even if they are “divorce agreements,” no longer apply*”.

¹⁸⁹ Al efecto, señala SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, p. 368, que estas renunciaciones o limitaciones son pactos no infrecuentes cuando se trata de segundos o ulteriores matrimonios, personas de avanzada edad o de holgada posición económica, como también cuando se trata de negocios heredados o singulares.

regulación expresa de los mismos, si se contemplan en los Derechos forales, las más recientes son la Ley 25/2010, del Libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y familia que regula “los pactos en previsión de ruptura matrimonial” y la Ley 10/2007, de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, otros que también cuentan con regulación sobre la materia son los de Aragón y Galicia.

De ahí, que en Derecho común, ha sido la jurisprudencia quien ha reconocido validez y eficacia a estos acuerdos, fundamentándose para ello en el principio de la autonomía de la voluntad, que faculta a los cónyuges a pactar cualquier estipulación por razón del matrimonio conforme al art. 1325 CC, y por tanto no existe obstáculo para su admisibilidad, a pesar de que tradicionalmente no haya sido contenido clásico de las capitulaciones.

Admitido que la autonomía de la voluntad tiene realmente poder para organizar determinados aspectos de las relaciones entre los cónyuges, los pactos prematrimoniales son un negocio jurídico familiar para hacer uso de ella¹⁹⁰.

Así las cosas, los pactos prematrimoniales pueden ser celebrados antes del matrimonio y dirigidos a regular aspectos de la convivencia matrimonial, o bien, acuerdos dirigidos a regular aspectos sucesorios, destinados a ponerse en práctica a la

¹⁹⁰ Concluye ROCA I TRIAS, E: “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, *op. cit.* p. 2118.

La STS, sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (rec. 2392/2013. Ponente: ARROYO FIESTAS. Nº de Sentencia 392/2015. Roj. 2828/2015) se ha pronunciado sobre los pactos prematrimoniales. Por su interés a estos efectos transcribimos el Fundamento de Derecho Quinto: *El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetos a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts.1327 y 1333 Civil). En cualquier caso las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible a “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” (art. 1325 C. Civil).(...) En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del C. Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil, a través del cual puede potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 de la ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana. De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere.*

Al efecto, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L: “Eficacia de los pactos prematrimoniales” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 1, enero-abril 2013, p. 25, señala que doctrina y jurisprudencia empiezan a pronunciarse sobre esta materia en aras a delimitar su alcance y las materias que puedan ser objeto de pacto.

Debe tenerse en cuenta que el convenio regulador se configuraba ya como instrumento autorregulador de los efectos de la crisis, si bien no como una ruptura hipotética sino actual.

muerte de alguno de los miembros de la pareja y por ultimo acuerdos prematrimoniales destinados a regular las consecuencias del eventual divorcio del matrimonio¹⁹¹.

Respecto a la forma necesaria para la validez de estos pactos, no se exige que consten en capitulaciones matrimoniales, si bien, pueden incluirse dentro de su contenido, al ser un instrumento idóneo para ello y revestir eficacia probatoria, y en todo caso, de no hacerlo así, lo aconsejable sería que se formalizaran en escritura pública. El ordenamiento catalán regula expresamente los acuerdos prematrimoniales con previsiones para caso de ruptura con independencia de las capitulaciones matrimoniales y exige que los mismos se formalicen en escritura pública.

Conviene puntualizar en este sentido que los pactos en previsión de ruptura no son pactos capitulares sino que al incorporarse en escritura pública esta también es herramienta adecuada para contener los pactos en previsión de ruptura¹⁹².

Por todo ello, teniendo los cónyuges a su disposición el instrumento capitular, consideramos adecuado que incorporen los pactos al mismo.

Respecto al Derecho catalán, contiene una detallada regulación de los pactos en previsión de crisis matrimonial, el art. 231-19. 1 CCCat dispone: *En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.*

¹⁹¹ AGUILAR RUIZ, L., *op. cit.*, p. 112.

¹⁹² De este modo lo puntualiza SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, p. 358. Igualmente, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 593, se refiere al “documento complementario en el que los futuros cónyuges o los cónyuges establecen acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales, contemplando las consecuencias de la posible ruptura matrimonial en caso de una eventual separación o un posterior divorcio. Este documento no constituye unas auténticas capitulaciones matrimoniales, sin que esté sometido al mismo régimen legal. Todos estos pactos pueden figurar en capítulos matrimoniales pero sin estar vinculados a ellas como requisito de validez, aunque sin duda es aconsejable que consten en capitulaciones matrimoniales, o, al menos, en escritura pública, en razón de una mayor eficacia probatoria y la preceptiva intervención del notario, que podría asesorar oportunamente a los futuros cónyuges o a los cónyuges en una materia tan trascendental para la familia”.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ CALVO, J.: Los pactos prenupciales en previsión de ruptura. Trabajo Fin de Máster. Universidad de Zaragoza. Director. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. 2013, p. 83. Disponible en <https://zaguan.unizar.es/record/11407/files/TAZ-TFM-2013-437.pdf>, “aún cuando no se exige que los citados acuerdos se formalicen en escritura pública, es cuanto menos muy conveniente hacerlo, ya que ello permitirá aumentar las garantías de validez del pacto alcanzado al controlar ex ante que las partes han prestado libremente el consentimiento”.

Por su parte, FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op.cit.*, p. 168, afirma que “los cónyuges al amparo de la libertad de contratación entre ellos que consagra el art. 1323 CC, pueden contratar entre sí en la forma que tengan por conveniente y con el contenido que deseen como si se tratara de extraños y sin necesidad de capitular”.

Por su parte, el art. 231-20.1 CCCat establece los requisitos de validez para los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. *En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2.* Son el otorgamiento en escritura pública, la existencia de un período de reflexión, el asesoramiento legal independiente, la reciprocidad y claridad en la formulación y la revelación de la información patrimonial, a reserva de una cláusula de dureza o fuerza mayor que puede determinar la ineficacia en el momento en que se pretenda su cumplimiento. Además, deberán respetar una serie de limitaciones de orden general¹⁹³.

La regulación del art. 231-20 CCCat es una previsión por la que cualquier pacto por el que se excluyan o limiten derechos de los cónyuges debe venir presidido por la reglas de reciprocidad y claridad¹⁹⁴.

En cuanto a la eficacia del acuerdo en previsión de futura ruptura, esta queda supeditada a que se haya procedido a facilitar la información requerida, que comprende:

(i) el deber de información del notario a los cónyuges sobre los derechos que les

¹⁹³ ALLUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial” en *Indret* [En línea], núm. 1. 2013, p. 6.

El asesoramiento legal independiente también de algún modo está presente en la regulación de los pactos en Estados Unidos, “*some state courts do not allow enforcement of an agreement against a party who did not have independent counsel, unless the agreement is itself reasonably understandable to a layman. In most states, however, independent counsel for each contracting party is not required, but its presence or absence, or some alternative source of explanation of the agreement’s terms and significance, is often said to be an important fact to consider in deciding whether an agreement was entered into voluntarily*”. ELLMAN, I. M., *op. cit.*, p. 422. Sin embargo, el papel que juega este asesoramiento en la celebración de los pactos es lo que diferencia a los sistemas del *common law* de los continentales europeos, “*an issue that seems to divide the civil law jurisdictions and the common law jurisdictions is the role of legal advice in the conclusion of marital agreements. As just explained, in most of the continental European jurisdictions a marital agreement requires a notarial deed. Common lawyers especially seem to find it puzzling that no further independent legal advice is required and that in those jurisdictions no one seems to be particularly worried about potential duress or unfairness*”. SCHERPE, J. M., *op. cit.*, p. 492.

Al respecto, SCHERPE, J. M.: “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*”, *op. cit.*, p. 11-12, señala que el requisito del asesoramiento legal independiente ha sido percibido como esencial para los acuerdos matrimoniales en las jurisdicciones del derecho común, si bien en Australia como en Inglaterra y Gales, el asesoramiento legal independiente no es un requisito para que un acuerdo matrimonial sea considerado como determinante. En su opinión aunque el asesoramiento legal independiente, incluso el mejor, no constituye una garantía completa para la parte que firma el acuerdo en una posición desventajosa respecto de la otra, es decir acuerdos matrimoniales injustos, sino que es una garantía más, es claro que el asesoramiento legal independiente debe ser perseguido por la mayoría de las partes al celebrar un acuerdo matrimonial y debería ser seriamente recomendado.

¹⁹⁴ GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, p. 2600-2601, señala que la reciprocidad implica igualdad de criterios para ambos cónyuges en la exclusión o acotación de los derechos y que no deja de ser una derivación del principio de igualdad conyugal. Desde su punto de vista la tensión entre libertad contractual e igualdad entre partes se resuelve en este caso a favor de la primera porque se entiende que la segunda no puede imponer, automáticamente, un efecto de espejo en las respectivas posiciones de los cónyuges.

corresponderían legalmente en ausencia de pacto y (ii) el deber de información de los cónyuges de su situación económica actual y de sus expectativas de ganancia (art. 231-20 y 233-5.1).

Destaca la exigencia de garantía de conocimiento de hechos y circunstancias que exige el Código catalán para dotar de eficacia a estos convenios: “a.- La reciprocidad es garantía del mantenimiento de la igualdad de los cónyuges que es precepto fundamental en sus relaciones y cuya conculcación determina la nulidad de lo pactado; b.- La claridad en la concreción de los derechos que se limitan o a los que se renuncian es requisito esencial para la validez de estas renunciaciones; c.- El suministro de la información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto, requisito este, que se fortalece con la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, al cónyuge al que se refiera esta información”¹⁹⁵.

Además el art. 232-7 CCCat prevé la posibilidad de que se establezcan pactos sobre la compensación en previsión de disolución del régimen por ruptura o muerte, pudiendo establecerse el aumento, la reducción o incluso la exclusión, siempre que se respete lo dispuesto en el art. 231-20 CCCat, en lo concerniente a la reciprocidad y la claridad de los derechos que se limitan o a los que se renuncia¹⁹⁶.

Por otra parte, la legislación catalana también regula los pactos en previsión del cese de la convivencia, artículo 234-5 CCCat, facultándose a los convivientes a que puedan pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable, a los que se les aplicara al respecto lo dispuesto para los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

¹⁹⁵ Así lo refiere ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Eficacia de los pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, p. 27.

En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Consecuencias patrimoniales para el caso de ruptura y acuerdos prematrimoniales: De la inmoralidad a la moralidad”, *op. cit.*, p. 410, el consentimiento informado implica la concurrencia de una obligación de información a la que tienen derecho los sujetos intervinientes y que actúa como causa de ese consentimiento libre y eficaz.

¹⁹⁶ MIRALLES GONZÁLEZ, I., *op. cit.*, p. 11.

IV. DEL CAMBIO SOBREVENIDO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LOS CÓNYUGES

Cualquier instrumento de planificación que pretenda ser efectivo, deberá ser flexible para permitir adaptar las nuevas situaciones que vayan surgiendo a las necesidades que se demanden. Es esencial prever estas circunstancias en el momento de su configuración porque en este aspecto es donde residirá gran parte de su eficacia. De lo que se deriva que debemos entender la relación contractual duradera no como algo estático sino en sentido dinámico, donde el factor tiempo puede incidir, en mayor o menor medida, en el equilibrio contractual acordado por las partes, y que estará presente durante toda la vida del contrato¹⁹⁷.

Llevada esta premisa al pacto, nos podemos encontrar con situaciones en las que las circunstancias en que se firmo el mismo se hayan modificado con respecto a las que existen en el momento de su aplicación, y si además, los cambios acaecidos eran imprevisibles en aquel momento, cabría plantearse la eficacia del principio *rebus sic stantibus*, al que nos referiremos más adelante. En cualquier caso, siempre es muy importante contemplar y realizar las prevenciones oportunas¹⁹⁸. Si bien, determinar la influencia que ejerce sobre un contrato, -o pacto-, una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta para la finalidad que pretendían no es tarea fácil¹⁹⁹.

La preocupación por las consecuencias que se derivan de cambios relativos e imprevistos ha estado presente en todos los ordenamientos a lo largo de la historia²⁰⁰, y no solo es específica del Derecho español, y así, el reexamen del alcance de la autonomía de la voluntad y su eficacia cuando cambian las circunstancias se alimenta de fuentes de Derecho comparado, en especial de los derechos que contienen una norma

¹⁹⁷ VIVAS TESÓN, I.: “Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato: ¿*Pacta sunt servanda*?” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.1, enero-abril 2013, p. 117.

¹⁹⁸ “*As in life, in law, and notably in family law, there is no certainty. But where certainty and predictability can at least be increased a little, can be gained*”. DETHLOFF N, *op. cit.*, p. 94, podemos afirmar que en la vida en general pero sobre todo cuando se trata de ciertos negocios es conveniente ser previsor y hacer uso de la autonomía de la voluntad que nos concede el ordenamiento jurídico para reglamentar nuestras relaciones.

¹⁹⁹ En este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., en ORDUÑA MORENO, F. J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013, p. 109.

²⁰⁰ BOSCH CAPDEVILA, E., *et al.*: *Teoría general del contrato*, *op. cit.*, p. 68, señalan estos autores que esta preocupación que siempre ha existido ha sido con el fin de evitar unos resultados que atentan contra la idea común de justicia.

expresa que permite al juez adaptar o resolver el contrato en caso de cambio de circunstancias²⁰¹.

Tanto los Códigos Civiles más modernos, como las propuestas armonizadoras europeas del Derecho de contratos, se ocupan del cambio de circunstancias que hace más oneroso el cumplimiento de la obligación de una de las partes y prevén una norma que excepcionalmente las faculta, y en su defecto, a la autoridad judicial para que adapten el contenido a las nuevas circunstancias imprevistas que alteran la economía del contrato en perjuicio de una parte, siempre -por supuesto-, que la parte perjudicada no hubiera asumido tal riesgo.

Las líneas básicas de la norma reguladora de la alteración de las circunstancias son: 1. Reafirmación del *pacta sunt servanda*. 2. Obligación de renegociar el contrato. 3. Facultad del juez para revisar y adaptar el contrato, y en última instancia extinguirlo. 4. Supuesto de hecho definido por tres criterios que deben cualificar una circunstancia sobrevenida: a) evento posterior a la celebración del contrato; b) absolutamente imprevisto e imprevisible y c) cuyo riesgo no se hubiese asumido ni debiera haber asumido²⁰².

En cuanto a la previsibilidad, obsérvese que ha de valorarse en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes²⁰³.

En concreto, el art. 6:111 de los principios de Derecho Contractual Europeo establece:

- ” (1) Las partes deben cumplir sus obligaciones aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.
- (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:
- (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

²⁰¹ PARRA LUCÁN, M. A.: “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” en *Indret* [En línea], núm. 4. 2015. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1187_es.pdf, p. 5.

²⁰² Concreción que realiza GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 431.

²⁰³ *Vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *op. cit.*, p. 136.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.

Así mismo, la propuesta de modernización del Código Civil incluye un artículo específico dedicado a regular la alteración de las circunstancias: *De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*, art. 1213: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”²⁰⁴.

²⁰⁴ Al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013), en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 6º (2013-2014). AA.VV. (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.) Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 87. A propósito de la STS de 17 de enero de 2013 (rec. 1579/2010 Ponente MARÍN CASTÁN. Nº de Sentencia. 820/2013 Roj 1013/2010) señala que “es interesante, que siguiendo el parecer de la doctrina científica, la sentencia de 17 de enero, muy bien documentada al respecto, se haga eco de la *“tendencia se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art.6.2.2. de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC de la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparado para la Comisión General de Codificación)”*.

Algunos países europeos, como Alemania, reconocen como regla que el cambio sobrevenido de las circunstancias puede tener efectos sobre el contrato. Otros, sin embargo, caso de Inglaterra, Francia o España, no disponen de regulación al respecto aunque si haya sido tratada la situación jurisprudencialmente.

El sistema inglés promueve y favorece que las partes autorregulen sus propios intereses, invitándoles a prever cualquier tipo de contingencia que pudiese afectar la relación contractual. Si lo hacen, su voluntad pactada regirá por encima de cualquier otra instancia, y los tribunales no harán sino respetar esa voluntad. Solo cuando las partes nada hayan previsto, cuando el contrato realmente lo necesite, podrá el tribunal dar una solución al conflicto planteado, prescindiendo del contrato, buscando la solución más justa y razonable²⁰⁵.

Por su parte, la doctrina francesa de la imprevisión requiere la existencia de un cambio imprevisible de circunstancias, exterior e independiente de la voluntad y del comportamiento de las partes, es decir, completamente ajeno a su esfera de control, que provoque un desequilibrio profundo del sinalagma interno del contrato²⁰⁶.

Para resolver el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, en la doctrina alemana se entiende que deben concurrir tres requisitos para la aplicación de la teoría de la desaparición de la base del contrato: (i) Alteración de las circunstancias, (ii) imprevisión de las partes y (iii) alteración profunda de la economía del contrato y ante la concurrencia de estos requisitos las soluciones que existen son adaptar el contrato o extinguirlo²⁰⁷.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, para poder calificar unas circunstancias de sobrevenidas deben ser relevantes, que son aquellas circunstancias sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran alcanzado los acuerdos que alcanzaron o, si los hubieran alcanzado, lo hubieran hecho en otros términos. No se discute que una alteración sobrevenida de las circunstancias tenga como consecuencia una modificación del régimen jurídico de la relación contractual si

²⁰⁵ GARCÍA CARACUEL, M., *op. cit.*, p. 81.

²⁰⁶ GARCÍA CARACUEL, M., *op. cit.*, p. 189.

²⁰⁷ GARCÍA CARACUEL, M., *op. cit.*, p. 236-237.

no que los problemas surgen a la hora de determinar el fundamento de tal modificación, sus presupuestos o requisitos y sus consecuencias jurídicas²⁰⁸.

En relación a ello, se deberá determinar cuando un pacto es gravemente perjudicial, y lo será cuando su ejecución supone un perjuicio significativo en atención de las circunstancias presentes en ese momento, y que, además, ninguna de las partes contempló como posible al tiempo de contratar²⁰⁹.

Así, en ocasiones, los pactos en previsión de ruptura proyectan su eficacia sobre circunstancias inciertas y hasta cierto punto imprevisibles, sin embargo, para que la imprevisibilidad sea relevante a efectos de poder apreciar un cambio de circunstancias en el cumplimiento del acuerdo, se requiere que ninguna de las partes pudiese prever al momento de su celebración el impacto que tendría el cumplimiento de lo pactado²¹⁰.

Un supuesto habitual en estos pactos es aquel²¹¹ en el que el cónyuge puede pactar en función de una realidad actual y de un sistema de relaciones de pareja que finalmente pueden haber variado drásticamente en el momento de pretender la efectividad del pacto, por lo que exige plantearse la previsibilidad de los cambios surgidos en la relación de pareja. Por ello, la revisión judicial de los mismos y su eventual declaración de ineficacia debe basarse en la concurrencia necesaria de dos elementos: (i) cambio sobrevenido de circunstancias y (ii) perjuicio grave para uno de los cónyuges a consecuencia de dicho cambio.

Aunque los cónyuges prevean antes de casarse cual será su situación posterior, puede ocurrir que cuando el pacto deba desplegar sus efectos, la situación actual sea muy distinta de la planeada por ellos e, incluso, totalmente imprevisible porque se habrán producido cambios y variado las circunstancias, que por otra parte, es frecuente que ocurra, si bien, tales modificaciones no justifican de manera automática la aplicación de la teoría de la alteración sobrevenida de las circunstancias para declarar la ineficacia del acuerdo. Para que tenga lugar, se requiere que el cambio producido sea sustancial e imprevisible. De otro modo, todos los pactos devendrían ineficaces, al ser frecuentes los cambios. Por esto, la cláusula *rebus sic stantibus* tiende a restablecer el

²⁰⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *op. cit.*, p. 116.

²⁰⁹ Así lo determina CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias.” Comunicación a las XVII Jornadas de Derecho Catalán. Tossa. Disponible en:

http://civil.udg.es/tossa/2012/textos/com/Comunicacio_Casti%C3%B1eira.pdf, p. 4-6; 7-8.

²¹⁰ RUBIO GIMENO, G., *op. cit.*, p. 95.

²¹¹ En este sentido, RUBIO GIMENO, G., *op. cit.*, p. 84 y 88.

equilibrio que existió inicialmente entre las prestaciones de las partes, y desvirtuado como consecuencia de un cambio imprevisible de las circunstancias, si bien su aplicación debe ser restrictiva²¹².

Por tanto, si en el momento en que los pactos deban cumplirse, son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, será este quien deberá acreditar que han acaecido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían preverse en el momento en que se celebraron los pactos

El ordenamiento catalán prevé expresamente este hecho en su art. 231-20.5, que determina que “los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron²¹³”.

El Tribunal Supremo del Reino Unido sostiene que la autoridad judicial debe reconocer eficacia vinculante a los acuerdos prematrimoniales que se hubieran celebrado libremente, con pleno conocimiento por las partes de sus consecuencias, salvo que no fuera justo exigir su cumplimiento en atención a las circunstancias del caso²¹⁴.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido *Radmacher v. Granatino*, de 20 de octubre de 2010²¹⁵ supone la atribución de eficacia vinculante a

²¹² Así lo refiere MEDINA ALCOZ, M.: “Pactos prematrimoniales”, *pacta sunt servanda*” y modificación sobrevenida de las circunstancias,” en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, p. 774.

Vid. LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social” en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 50, julio-diciembre 2010, p. 124, se refiere a la crisis matrimonial como un cambio sobrevenido e imprevisto de las circunstancias esenciales determinantes de la celebración del acto o negocio jurídico, cuya concurrencia legitima al donante para la acción revocatoria.

²¹³ Al respecto de la regulación, DEL POZO CARRASCOSA, P., *et. al.*, *op. cit.*, p. 236, “esta regulación está perfectamente justificada, pues, debemos tener en cuenta, con frecuencia, pueden llegar a transcurrir muchos años entre el otorgamiento del pacto y la ruptura efectiva del matrimonio, por lo que las circunstancias que lo motivaron pueden haber variado sensiblemente y sin posibilidad razonable de revisión. Pensemos por ejemplo, en una larga enfermedad, un accidente grave o la zozobra de una empresa familiar, que dan lugar a la disminución notable del patrimonio de uno de los cónyuges; se trata en definitiva, de una aplicación a esta materia de la doctrina denominada “cláusula *rebús sic stantibus*”.

²¹⁴ GASPAREL, S.: “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés” en *Indret* [En línea], núm. 3. 2012, p. 7, estima el Tribunal Supremo que *ninguna objeción cabe oponer a la libre determinación de las partes, pues dispusieron de tiempo, información y asesoramiento suficientes para comprender el alcance de lo que firmaban*.

²¹⁵ Permite afirmar con carácter general la admisibilidad en el Derecho inglés de los acuerdos prematrimoniales y la ampliación, por tanto, del ámbito de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones conyugales de naturaleza patrimonial. Los otorgantes pueden así corregir convencional y anticipadamente resultados no deseados que en defecto de consenso -difícil de alcanzar cuando se

este tipo de convenios en los casos en que han sido celebrados válidamente y, además, no resultan injustos al tiempo de su cumplimiento para los hijos menores o para alguno de los cónyuges en razón de haberse producido un cambio imprevisible de las circunstancias que se consideraron al tiempo de su celebración.

En nuestro ordenamiento no existe una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias y las concretas disposiciones de previsiones legales que podemos encontrar son una excepción que tienden a flexibilizar los efectos del cumplimiento exacto de las prestaciones de las partes.

Obsérvese, por otra parte, que para que pueda tener lugar la ineficacia del pacto tiene que existir nexo causal entre el cambio sobrevenido de circunstancias y el grave perjuicio para uno de los cónyuges²¹⁶ y cuando concurren estas circunstancias imprevisibles, el contenido de los pactos puede quedar alterado por los tribunales mediante la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a los jueces revisar los pactos acordados por las partes²¹⁷.

La regla de la cláusula *rebus sic stantibus* la aplican los jueces y tribunales con prudencia y solo cuando concurren circunstancias imprevisibles por las partes y de extraordinaria gravedad, por ser de carácter excepcional. Conforme a ello, nuestro Tribunal Supremo había mantenido una postura restrictiva en cuanto a la misma hasta las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014²¹⁸, en ellas afirma que la crisis

produce la ruptura- vendrían determinados por la autoridad judicial. GASPAR LERA, S.: “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”, *op. cit.*, p. 21-22.

²¹⁶ En todo caso es necesario que el cambio sea sustancial pues se habla de un perjuicio grave, siendo además necesario que tal gravedad vaya asociada a una situación de desequilibrio muy grande atentatoria a las normas básicas de la equidad. PUIG BALNES, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo I (Coord. PUIG BALNES, F. P., SOSPEDRA NAVAS, F. J.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2013, p. 294.

²¹⁷ A este respecto, FIGUEROA TORRES, M., *op. cit.*, p. 251, “se trata de una garantía ex post que permite adjudicar la ineficacia del pacto anticipado cuyo cumplimiento provoque grave perjuicio a un cónyuge, poniéndole a este la carga de probar que han ocurrido cambios relevantes en las circunstancias en las que se celebró el pacto y que no eran razonablemente previsibles. Debe descartarse la interpretación y aplicación dilatada de este supuesto, pues lo contrario podría resultar en la desestimación sistematizada de este tipo de acuerdos que, dada su naturaleza misma, usualmente suelen estar basados en la apreciación de las circunstancias en las que se encuentran las partes en un momento generalmente distante de la situación fáctica en la que se impugna la eficacia de lo pactado”.

²¹⁸ La STS, sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014 (rec.2250/2012. Ponente: ORDUÑA MORENO. Nº de Sentencia 33/2014. Roj 2823/2014) en el Fundamento de Derecho Segundo apartado 3, refiriéndose al contexto interpretativo de la cláusula *rebus sic stantibus* señala que *Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional,*

puede ser considerada un fenómeno capaz de alterar las relaciones contractuales, por lo que en este sentido, suponen un avance en la configuración de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el Derecho español²¹⁹.

De todas formas, en la aplicación de la cláusula habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso²²⁰ y tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha cambiado su criterio por razones de interés social y económico.

Por otra parte, el principio *pacta sunt servanda* debe ser compatible con la alteración sobrevenida, y así, dar relevancia a la alteración de circunstancias no tiene

como corresponde a una cláusula “peligrosa” y de admisión “cautelosa”, con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y circunstancias “radicalmente imprevisibles”, caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial. Por el contrario, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. (...)

En relación con el necesario cambio o adaptación de los referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según “reglas de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación.

Por su parte, La STS, sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2014 (rec. 2992/2012. Ponente: ORDUÑA MORENO. Nº de Sentencia 591/2014. Roj5090/2014) en el Fundamento de Derecho Tercero apartado 7, que por su interés a estos efectos transcribimos, señala: *De ahí, que la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio consideraba en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013); todo ello conforme, también, con la aplicación ya normalizada de esta figura que presentan los principales textos de armonización y actualización en materia de Derecho contractual europeo, la “razonabilidad” de su previsión en el momento de la celebración del contrato, y la aplicación de su alcance modificativo conforme al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (STS de 15 de enero de 2013/ núm. 827/2012).*

Al respecto de estas sentencias, YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 93, manifiesta su preocupación por haber cambiado el signo de una consolidada doctrina jurisprudencial.

²¹⁹ Vid. CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014” en *InDret* [En línea], núm. 4. 2014, p. 22, opina que ese avance se justifica principalmente en el intento de normalizar la doctrina de la alteración sobrevenida de circunstancias en el marco de nuestro Derecho a través de la redefinición de sus requisitos de aplicación y, en particular, de los requisitos de la imprevisibilidad y la asunción del riesgo.

²²⁰ PARRA LUCÁN, M. A.: “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *op. cit.*, p. 15. En este sentido, ORDUÑA MORENO, F. J., en ORDUÑA MORENO, F. J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013, p. 296.

señala que “se puede alcanzar la conclusión de que la moderna configuración de la cláusula *rebus*, esto es, su aplicación propia y normalizada como petición principal y no subsidiaria o derivada de la aplicación de otras acciones, pasa, necesariamente, por la superación de su concepción tradicional y restrictiva, según reglas de equidad y de justicia, en aras a la progresiva objetivación de su fundamento técnico, conforme a la correcta interpretación del sistema codificado y el reciente desenvolvimiento del Derecho europeo”.

por qué ser contradictorio con este principio en la medida en que 1º el alcance de este principio no es limitado y 2º existen parcelas y circunstancias que, aun ajenas al contrato y sus elementos, pueden no verse afectadas por la vigencia del principio *pacta sunt servanda* en sentido negativo. Así, la previsión de un determinado riesgo y la no inclusión de una cláusula contractual al respecto, implica aceptar los riesgos que el cumplimiento estricto del contrato conllevará para cada una de las partes²²¹.

Por todo ello, podemos concluir que un pacto podrá quedar sin efecto si se produce una alteración sustancial entre el momento de suscripción del mismo y en el que se invoca su cumplimiento, si bien, la misma debe ser sobrevenida, imprevisible y extraordinaria, no obstante, como ha señalado el Tribunal Supremo, la aplicación del principio *rebus sic stantibus* debe admitirse muy cautelosamente y aun en los casos en que proceda, su aplicación da lugar a la revisión del contrato, no a su resolución²²².

²²¹ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, *op. cit.*, p. 8-9; 13, propone como solución adecuada ante la excesiva onerosidad y al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias la imposición de un deber de renegociación a las partes. “En cualquier caso, al contrario de lo que ocurre con la solución basada en la adaptación del contrato por parte del juez, el deber de renegociación si es plenamente compatible con el principio *pacta sunt servanda*. La extinción del contrato ante el cambio sobrevenido de circunstancias supone el fracaso del programa contractual y, por lo tanto, la “imposibilidad “de cumplir lo prometido. La adaptación o modificación judicial del contrato, además, supone prescindir de la voluntad de las partes; lo que no solo implica la imposibilidad de que se cumpla lo prometido sino una contradicción, a mi juicio, con el principio *pacta sunt servanda*. En cambio, la imposición de un deber de renegociación parte del respeto absoluto a una idea de contrato basada en el consentimiento prestado libremente”. Compartimos esta opinión fundamentalmente por el pleno respeto a la autonomía de la voluntad de las partes como base del acuerdo. Puntualiza que la excesiva onerosidad debe determinarse a partir de la comparación de las prestaciones de las partes teniendo en consideración dos momentos: el tiempo de la perfección del contrato y el tiempo en que la prestación excesivamente onerosa debe ser cumplida. Añade que “la no asunción de un determinado riesgo unido a la razonabilidad de su imprevisión es lo que provoca, en definitiva, que no pueda afirmarse que la excusa del cumplimiento en un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias es contraria al respeto a los compromisos adquiridos”.

²²² Así lo recoge la STS, sala de lo Civil, de 25 de enero de 2007 (rec.1858/2000. Ponente: Auger Liñan. Nº de sentencia 79/2007. Roj 168/2007) en el Fundamento de Derecho Tercero: *No obstante lo anterior, y analizando la aplicabilidad al caso de la cláusula "rebus sic stantibus", dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que "la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula "rebus sic stantibus" no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el*

En síntesis, se trata de delimitar que grado de alteración se requiere para considerar un contrato desnaturalizado puesto que determinará cuándo el principio *pacta sunt servanda* debe ceder ante el principio *rebus sic stantibus* ²²³.

V. TESTAMENTO

1. Planteamiento general

El otorgamiento de disposiciones de última voluntad relativas a la empresa es necesario para evitar un resultado indeseado y la sucesión intestada²²⁴. Por ello, la finalidad que se persigue con los instrumentos de ordenación sucesoria es que el empresario pueda diseñar y adaptar la mejor sucesión para su empresa. En nuestro ordenamiento la única forma que tiene la persona de manifestar su voluntad para la disposición de sus bienes *post mortem* es el testamento (art. 657 CC), se configura de este modo como mecanismo que posibilita la ordenación y atribución del patrimonio y permite garantizar la libertad de testar del causante²²⁵.

En esta línea, podría afirmarse que “una manifestación de la protección de la libertad de testar se encuentra en la normativa relativa a los testamentos y otras formas testamentarias pues a través de ellos se expresa la última voluntad del causante y con ella su libertad de testar. En efecto, sin abandonar el principio formalista que aporta

presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones" (...) A lo antedicho se une el rigor impuesto por la jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado, por darse una desproporción exorbitante, y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una evidente excepcionalidad, así como la necesidad de que, quien pretende la modificación de lo acordado, pruebe todos esos requisitos, en forma racionalmente conveniente y decisiva (STS 17.11.00).

²²³ Como refiere GARCÍA CARACUEL, M., *op. cit.*, p. 270.

²²⁴ Al efecto, LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M.: “La sucesión “mortis causa” de la empresa familiar”, en *Derecho de sucesiones: Actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial*. AA.VV. (Dirs. PRATDESABA, R., LAUROBA, M. E.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, “el fallecimiento de un empresario sin haber otorgado ninguna disposición de última voluntad relativa a su empresa es una manifestación de imprudencia gravísima, que aboca su proyecto empresarial a una crisis inevitable, muchas veces terminal, al dar lugar, en el mejor de los casos, a la venta de la empresa”.

²²⁵ *Vid.* CAÑIZARES LASO, A.: “Sucesión y testamento”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 811, la declaración de voluntad del testador dirigida a la autorregulación de sus intereses para después de la muerte supone la manifestación de lo querido para su propia sucesión de una determinada manera y no de otra, lo que excluye, en lo dispuesto, la apertura de la sucesión abintestato. También, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.* p. 266, “en el Derecho de sucesiones resulta evidente, y refiriéndonos solo al Código civil, que la voluntad del testador es la primera ley de la sucesión”.

seguridad jurídica en el ámbito sucesorio, debería instituirse a nivel europeo el máximo número de instrumentos sucesorios que se adapten a las necesidades del causante”²²⁶.

Mediante el testamento el empresario se asegura de que su voluntad será cumplida, planifica la sucesión y previene con anticipación los hechos que pueden ocurrir con su fallecimiento, como los conflictos que pueden surgir entre los herederos por la atribución y reparto de sus bienes²²⁷.

Sin embargo, tal como consideran algunos autores, no debe utilizarse el testamento como medio para transferir la propiedad de la empresa en sustitución del plan de sucesión porque al no ser un acuerdo, no permite una planificación compartida, sino una organización de la sucesión para garantizar el destino de la empresa. Siendo un instrumento para planificar y ordenar la sucesión aunque insuficiente, se hace necesario para conseguir el traspaso generacional porque el verdadero problema para la conservación de la empresa surgiría por la falta de previsión del testador²²⁸.

El testamento plasma la voluntad del testador, y le permite no solo disponer de su patrimonio sino también realizar la partición del mismo. En este sentido, algún autor se refiere a este instrumento como el ejercicio de la autonomía privada del causante, que diseña mientras vive, los planos del puente que conectará en el futuro su herencia con los sujetos invitados a sucederle porque la voluntad del testador es ley en su sucesión²²⁹. Hasta el punto de que el testador puede no solo conformarse con fijar normas particionales que vincularán al heredero o al contador-partidor (art. 1057 CC) a la hora de la partición, sino que puede incluso realizar la completa partición-inventario, avalúo,

²²⁶ DE LAMA AYMÁ, A.: *Libertad de testar y memorias testamentarias*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, p. 152.

²²⁷ En el derecho de Estados Unidos hay una mayor previsión a través del denominado *trust*, así a través del testamento se puede crear el mismo, designar al *trustee*, establecer las condiciones para el uso de su propiedad o, en fin, las circunstancias en que aquel finaliza, al objeto de beneficiar a determinadas personas: cónyuge supérstite, hijos pequeños, padres de mucha edad o gente incompetente, entre otros. Además es habitual la inclusión de una cláusula de residuo por la que el testador se anticipa a las posibles circunstancias configurándolas según su voluntad. LEGERÉN, A.: *El sistema testamentario estadounidense*. Ed. Aranzadi, Navarra 2009, p. 49.

²²⁸ RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J.: *La familia empresarial*. Ed. Catedra PRASA de Empresa Familiar. Córdoba, 2001, p. 170. Opina este autor que si no hay planes de sucesión al menos disponer de un fideicomiso.

²²⁹ Así lo expresa MAS BADÍA, M. D.: “La disposición mortis causa de bienes gananciales,” en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 324.

liquidación y adjudicación-(art. 1056 CC). Al respecto, la STS de fecha 7 de septiembre de 1998 resulta muy clarificadora²³⁰.

El contenido del testamento variara en función de las circunstancias familiares, empresariales, del patrimonio familiar y del fin que persiga el empresario con su otorgamiento, no obstante, las principales disposiciones son las relativas a la partición realizada por el testador, la institución de heredero y la mejora, las de la fiducia sucesoria y la facultad de pago de la legítima en metálico²³¹.

Ahora bien, al ser un instrumento de carácter revocable (art. 737 CC), permite adaptar la situación sucesoria futura a los cambios sobrevenidos que puedan ocurrir en el ámbito de la empresa familiar, en el causante o en la persona del sucesor aunque suponga al mismo tiempo, de algún modo, una inseguridad para el sucesor y la propia empresa en general. El testador debe contemplar todas las variantes posibles y preverlas por las consecuencias negativas que su ausencia pueda tener en la empresa y ante todo primar los intereses empresariales sobre los familiares para que el traspaso generacional sea exitoso.²³²

Así, el testamento debe ser un documento vivo, en el sentido de que durante la vida del empresario debe adaptarse a las nuevas situaciones. Además, entre testamento y

²³⁰ STS, sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 1998 (rec. 4047/1994. Ponente SIRREA GIL DE LA CUESTA. Nº DE SENTENCIA 805/1998. Roj. 5075/1998).

²³¹ En este sentido, REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Relaciones familiares y otorgamiento de testamento”, en *Especialidades en Derecho de familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 241, señala que la finalidad del otorgamiento del testamento y su contenido en muchas ocasiones va a depender de las circunstancias personales, familiares y económicas del testador, así como de su concepción de las relaciones familiares; de su edad; de su estado civil (casado, separado, divorciado) y de la concurrencia o no de una convivencia estable *more uxorio*; de la existencia de hijos de un solo matrimonio o relación o de varios; de si los mismos son mayores o menores de edad; de si alguno de ellos va a requerir una especial atención y cuidado personal y económico cuando falte el testador; de si su opción es beneficiar al cónyuge superviviente transmitiendo a través de él su herencia a los hijos por el contrario, transmitirlos a estos directamente, de la composición de su patrimonio, de si una parte relevante del mismo tienen carácter ganancial; etc., de manera que las posibilidades son múltiples. Respecto a las cláusulas de contenido patrimonial que puede incluir el testamento, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2014, p. 55, son la designación de administradores en el supuesto del art. 164,1ª y 2ª CC, la confesión de privatividad de los bienes conyugales prevista en el art. 1324 CC, la dispensa de colación del art. 1036 CC, la atribución de la obligación de pago de una deuda hereditaria a uno de los coherederos ex. artículo 1084. 2 CC, la prohibición de la división de los bienes hereditarios en los términos del art. 1051 CC, la partición de sus bienes contemplada en el artículo 1056 CC, el nombramiento de contador o de albacea (arts. 1057 y 892 CC), o la rehabilitación del indigno del artículo 757 CC; en esta misma línea, al margen del Código Civil cabe el acto constitutivo de una fundación.

²³² *Vid.* NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción” en *Anuario de Derecho Civil* vol. 64, nº 1 2011, p. 69, en su opinión, el testamento se presenta como el negocio jurídico *mortis causa* más eficiente, ya que proporciona mayor utilidad a cambio de un menor coste, lo que es muestra de que la regulación jurídica del mismo es eficiente.

apertura de la sucesión pueden haber pasado varios años y haber cambiado las circunstancias, por lo que se recomienda su actualización²³³.

Los cambios en la familia tienen también incidencia en la voluntad testamentaria, a la vez que la condicionan. Nos podemos encontrar con situaciones de empresarios separados o divorciados con hijos -menores o mayores- del primer matrimonio, con una segunda o tercera relación, y con hijos fruto de estas últimas, las denominadas familias reconstituidas a las que ya nos hemos referido²³⁴. En este contexto, la eventual ruptura matrimonial también debe preverse en el testamento, y en especial, en lo que concierne a los hijos menores del matrimonio, aunque bien es verdad que cuando proceden de una relación anterior se intenta excluir al otro progenitor en la gestión del patrimonio que se les transmita *mortis causa*. No es extraño, conforme al artículo 164.1.1º CC, excluir de la administración paterna y/o materna los bienes adquiridos por el hijo, a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Es más, el disponente está facultado para nombrar un administrador de los bienes que les transmita, sin perjuicio de que el padre o la madre continuará siendo representante legal del hijo menor y le correspondería la aceptación de la herencia a la que aquel este llamado²³⁵. De ahí que, cuando el empresario tenga hijos menores sea

²³³ El testamento perfecto es aquel que se adapta a la voluntad del testador si inmediatamente después de salir de firmarlo en la notaría fallece repentinamente. RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., AGUSTÍN TORRES, C.: “La empresa familiar y el derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios,” en *La empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 12. Mayo 1999, p 100. Cuando dispone el art. 737 CC que *todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciera con ciertas palabras o señales*, está considerando nula cualquier restricción a la libertad de testar, por lo que las cláusulas contenidas en un protocolo en la que se obliga a los firmantes a testar en un modo determinado carecerían de validez. La razón obedece a que en nuestro ordenamiento la libertad de testar se configura como un derecho especialmente protegido que no puede ser objeto de renuncia, pacto o limitación.

²³⁴ Al respecto, VAQUER ALOY, A.: “La legítima en el derecho civil de Cataluña”, en *Tratado de legítimas*. AA.VV. (Coord. TORRES GARCÍA, T. F.) Ed. Atelier. Barcelona, 2012, p. 478, en cuanto a la legítima en las familias reconstituidas señala que “resulta difícil la adaptación de la legítima a las familias reconstituidas en las que no existe adopción de los hijos del otro cónyuge o conviviente. Puesto que la legítima descansa solo sobre la filiación biológica o adoptiva y no sobre las necesidades de las personas dependientes del causante, los hijos del cónyuge o del conviviente del causante carecen de derecho sucesorio legal alguno, con independencia, por ejemplo, de que la convivencia entre ellos sea más o menos prolongada, de los lazos afectivos que puedan haberse generado y de los vínculos de manutención que se hayan creado”.

²³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 193 y 198. Además, señala que es aconsejable realizar la previsión correspondiente en el caso de que el administrador designado fallezca, devenga incapaz, renuncie al cargo o sea removido del mismo por una deficiente gestión y que el testador contemple el nombramiento sucesivo de otra persona

aconsejable que nombre un administrador de los bienes conforme al art. 223 CC, de lo contrario las facultades de administración las asumiría la persona que ejerciese la representación legal²³⁶.

En definitiva, si se quiere evitar que el excónyuge administre bienes adquiridos por el hijo menor, debe constar en el testamento que los referidos bienes quedan excluidos de la administración parental.

En otro orden, el testamento también puede evitar que la empresa cambie de línea sucesoria, y con ello, los problemas que puedan surgir, como el caso del cónyuge superviviente que fuese participe en la empresa, donde los herederos del causante podrían constituir un porcentaje de participación que podría llegar a ser mayoritario. Esto podría afectar a la toma de decisiones empresariales, llegando incluso a poder variar los ideales establecidos por el fundador²³⁷.

o exija al recurso a los tribunales para que la autoridad judicial provea al respecto, pues en defecto de tales cláusulas podría suscitarse la duda de si, concurriendo tales circunstancias, el padre o madre primariamente excluidos recuperarán sus facultades sobre el patrimonio de los hijos menores.

Si bien, como señala ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 139 y 143, a pesar del incremento de la reconstitución familiar, esta no es una situación nueva y que haya estado al margen del derecho. Los segundos matrimonios han existido siempre y el derecho ha introducido normas para evitar los perjuicios que se pueden producir en los hijos de la primera unión cuando ocurre el nacimiento de nuevos hijos, normas que se manifestaron sobre todo en el ámbito de Derecho de sucesiones. Añade que en España el progenitor social o de hecho es un extraño en relación con los hijos de su cónyuge y en consecuencia, la familia recompuesta o reconstituida es hoy por hoy una situación de hecho que no genera ningún tipo de parentesco, ni vínculos jurídicos de ninguna clase.

²³⁶ A este respecto, PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 265 y 270, señala esta autora que en el caso de patrimonios de gestión compleja, como es el caso de aquel en que se integra una empresa, es más conveniente y aconsejable discriminar entre la atención personal al hijo menor o incapacitado y la administración de los bienes, ya que no siempre el más adecuado para cuidar de la persona del incapaz tiene la cualificación necesaria para la dirección de la empresa familiar. El disponente puede autorizar ampliamente al administrador a realizar cualquier tipo de actos, incluso dispositivos, sin necesidad de contar con la autorización judicial, que sería preceptiva si administrase el tutor o el padre. Esta regla tiene una excepción para el caso de que se disponga en testamento a favor de un legitimario, y el bien respecto al cual se autoriza al administrador para la realización de actos dispositivos absorba la legítima.

Vid. LÓPEZ FRÍAS, M. J.: “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del código civil”, en *Protección del patrimonio familiar* (coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J., GARCÍA PÉREZ, R.) Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, p. 44, el testamento abierto ofrece diversas posibilidades aunque se carezca de bienes, se puede utilizar para nombrar tutor de un incapaz y establecer disposiciones de carácter patrimonial por si tiene bienes en el futuro e incluso prohibir la partición de la herencia mientras viva el otro cónyuge para que todo el patrimonio quede unido.

²³⁷ CUCURULL POBLET, T.: *El protocolo familiar mortis causa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, p. 180, a modo de ejemplo, señala, que podría darse esta circunstancia: el fundador y su cónyuge poseen cada uno de ellos un 49% de participación en la empresa familiar, y cada uno de sus dos hijos ostentan un 1% de la entidad. Al fallecer intestadamente su fundador, la distribución de la propiedad de la sociedad seguiría siendo del 49% del cónyuge supérstite, mientras que la de los hijos, y en este caso, herederos, sería del 25,5% cada uno, es decir, que entre ambos ostentarían un 51%, y por tanto, el control, pudiendo relegar cualquier decisión de su ascendiente.

Además, si el testador no ha realizado la correspondiente previsión testamentaria acerca de la adjudicación de la empresa el principio de conservación de la misma solo podrá garantizarse con el acuerdo de los coherederos, de aquí deriva la importancia de la previsión por el testador²³⁸. Obsérvese que en la sucesión intestada opera el reparto igualitario entre los hijos, que en nada, o poco, favorece a la continuidad de la empresa familiar. Agravado en este caso por la singular relación entre el patrimonio empresarial y la familia. En la actualidad, este reparto más que una protección a los hijos -esa fue la idea del legislador cuando se redactó el código civil-, es una limitación a la facultad de disposición del testador aunque en la sucesión testada el testador también tiene que hacer en cierta medida un reparto igualitario entre sus hijos por lo que su disposición es muy relativa.

Otra de las posibilidades que ofrece el testamento²³⁹ es retrasar la partición, en el sentido de que permite prohibir que se realice la misma entre los coherederos en un plazo determinado (art. 1051 CC), de manera que permanezca una situación de comunidad sin concretar cuotas hereditarias, supuesto que es frecuente cuando existen hijos menores o en vida del cónyuge viudo y durante un señalado período de tiempo puede también favorecer la continuidad y unidad de la empresa familiar.

Partimos de que la voluntad del testador puede preservar indivisa la empresa adjudicándosela a un único heredero, al sucesor; sin embargo la ejecución de esta voluntad es lo que plantea más problemas cuando concurre con más herederos, y a su estudio es a lo que nos dedicaremos en los apartados sucesivos. Consideramos que el derecho debería de ofrecer al empresario mecanismos flexibles que le facultasen para ordenar la sucesión que mejor se ajuste a sus circunstancias. En el Derecho civil común el ámbito de autonomía de la voluntad de que dispone el empresario se ve minorado por la prohibición de otorgar testamento mancomunado y pactos sucesorios. Estas prohibiciones no contribuyen a la transmisión ni a la conservación de la empresa

²³⁸ En determinados supuestos una empresa podrá ir a parar a un heredero totalmente desvinculado de ella pero con mayor capacidad económica que el que ha colaborado con el padre en su creación y desarrollo o incluso a un extraño, por lo que la empresa saldrá definitivamente de la familia. PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, op. cit., p. 436.

²³⁹ Su carácter irrevocable supone un inconveniente para el sucesor, que puede no ver garantizada su posición a la muerte del fundador sin embargo a este le permite tener un control de la misma hasta el último momento permitiéndole revisar sus decisiones.

familiar porque no posibilitan la ejecución conjunta de la voluntad de ambos cónyuges ni los instrumentos irrevocables²⁴⁰.

Si se admitiese el testamento mancomunado el empresario dispondría de otro instrumento más para ordenar su sucesión y de forma conjunta con su cónyuge. Las objeciones que se han alegado para justificar su prohibición han sido los riesgos que puede producir la revocación, sin embargo se trata de una revocación limitada al tener que hacerse conjuntamente por ambos cónyuges y tan solo se permite la revocación unilateral de las disposiciones no correspectivas y en cualquier caso siempre será más viable cuando ambos causantes viven, al poder el testador no revocante recibir la

²⁴⁰ Al respecto, VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., *op. cit.*, p. 251-252, advierte que “una de las escasas vías para incorporar al derecho común resultados parecidos a los que en los derechos forales se obtienen mediante los instrumentos de que disponen nos vienen dadas por el art. 826 CC, el cual da validez a las promesas de mejorar y no mejorar hechas mediante escritura pública en capitulaciones matrimoniales, sin que una deposición posterior del testador las pueda contrariar. De esta suerte los cónyuges pueden en capitulaciones matrimoniales, convenir el pacto de mejora bien a favor de uno de ellos, bien a favor de alguno de sus herederos o legitimarios, de modo y manera que el solo límite cuantitativo de las legítimas se llegue a establecer un pacto sucesorio en capitulaciones. Otra nos viene dada por el art. 1056 CC, el problema que nos suscita este precepto es que el testador solo puede disponer mediante esta vía de sus propios bienes, a lo que se añade la dificultad de que el matrimonio no pueda otorgar testamento mancomunado o de hermandad para articular el tránsito de la empresa a favor de uno o varios de sus herederos”.

En cuanto a la admisibilidad del testamento mancomunado, GARCÍA VICENTE, J. R.: “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 293, considera que existen mecanismos técnicos suficientes para evitar los dos peligros propios de la revocación, en vida imponiendo la publicidad de la revocación unilateral, o bien ordenando el carácter recepticio de la revocación, que, de tal modo, no surtirá efecto sin el conocimiento del otro otorgante. Por otra parte, en caso de que fallezca uno de los otorgantes, si el testamento contiene disposiciones recíprocas, se puede prevenir el riesgo de que la revocación frustre la correspectividad, bien con la declaración de irrevocabilidad de tales disposiciones, siempre que el sobreviviente se haya aprovechado de ellas; o bien, puede autorizarse la revocación con el efecto inmediato de la pérdida de eficacia de la disposición correspectiva o incluso de todo el testamento, siempre, claro es, que las partes no hayan previsto un efecto distinto.

Dejando al margen las objeciones a favor y en contra por parte de la doctrina acerca de la justificación de la prohibición de los testamentos mancomunados, señala ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: “Autonomía privada y modos de deferir la sucesión por causa de muerte en el derecho civil común español”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el s. XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 146 que “el testamento mancomunado es una figura intermedia entre testamento individual y el contrato sucesorio, debe considerarse revocable pero no con una revocabilidad absoluta como la propia del testamento individual sino limitada y subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos y que diferencia según la revocación sea hecha de forma conjunta por ambos testadores o unilateralmente por uno solo de ellos.” Si bien, el testamento mancomunado no vulneraría los principios del mismo al disponer cada testador el destino post mortem de sus propios bienes y derechos. Al efecto, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., TRIGO GARCÍA, B.: “Testamento mancomunado aragonés y otras formas testamentarias en Galicia”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 479, “las respectivas sucesiones de los testadores se abren independientemente cuando fallece cada uno de ellos, lo que ocurre en momentos diferentes y a veces distantes en el tiempo. En otro orden de cosas, la libre revocabilidad por cada uno de los testadores en la generalidad de los supuestos confirma el carácter y naturaleza testamentaria y no de pacto sucesorio que tienen el testamento mancomunado”.

notificación del otro testador, y poder cambiar su voluntad testamentaria si así lo considerase oportuno.

En cambio, existen en los Derechos civiles de otros territorios figuras como el testamento mancomunado que si posibilitan esta actuación conjunta. Así, el testamento mancomunado permitido en los derechos forales como el de Álava, Guipúzcoa, Aragón, Galicia o Navarra, cuyo otorgamiento es una facultad para los cónyuges, ofrece mayor flexibilidad para ordenar la sucesión de la empresa familiar, al facilitar la transmisión de forma indivisa y previene ciertos problemas relacionados con la partición del régimen de la sociedad de gananciales; fallecido uno de los cónyuges goza de irrevocabilidad²⁴¹. Por lo que respecto a la irrevocabilidad se presenta como una excepción que sobreviene una vez fallezca uno de los causantes, y en relación con las decisiones de carácter corresponsivo²⁴².

²⁴¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Ed. La Ley, 2ªed. Madrid 2011, p. 93, pone de relieve que si bien, no podrá testar mancomunadamente un aragonés y un sometido al Código Civil, por prohibirlo este último pero sí un aragonés y un gallego, por estar admitido para éste en su Compilación. Piénsese en un empresario perteneciente a uno de los territorios forales señalados pero no su cónyuge, interesara que este adquiriera la vecindad civil del primero.

Por su parte, BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M.: *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 52-55: “el testamento mancomunado presenta una fuente de ventajas para sujetos que comparten alguna vinculación en vida, y consideran inadecuado “romperla” a la hora de tomar decisiones sucesorias. Respecto a la discusión sobre la naturaleza contractual del testamento mancomunado señala que cuando se otorga un testamento mancomunado, entre los cotestadores no surge un vínculo contractual, existirá un solo acto con un otorgamiento simultáneo en un único instrumento, así como un negocio colectivo de los causantes pero este acto plurilateral “no es un contrato porque no existen dos voluntades contrapuestas sino una suma de voluntades coincidentes, yuxtapuestas”. Plantea así mismo, que la separación o divorcio entre los causantes de un testamento conjunto al amparo del Fuero vizcaíno no supondrá la ineficacia de sus cláusulas. Será necesaria la revocación expresa que ponga de manifiesto esta voluntad. Argumenta que si los cónyuges que se enfrentan a una crisis matrimonial pierden los derechos legítimos mutuos, qué menos podría sobrevenir respecto a un testamento que ofrece decisiones basadas en una relación afectiva, sería la previsión de la norma la que debería llevarnos a esta conclusión, p. 179-180.

En el derecho comparado, todos los ordenamientos que admiten los testamentos mancomunados, como el caso del derecho alemán, la efectividad de la revocación unilateral se supedita a que sea hecha saber al otro testador para que este conozca la nueva situación y no se vea luego sorprendido por ella y para que pueda además modificar también su última voluntad si quiere.

En concreto, en el derecho inglés se admite que dos o más personas puedan acordar una cierta distribución de todo o parte de su patrimonio para el momento en que se abran sus respectivas sucesiones, de modo que el superviviente quede vinculado al referido acuerdo cuando fallezca el primero de los testadores. Si bien, esta figura tiene poca aplicación porque la misma finalidad se puede conseguir por otros medios más seguros y que plantean menos problemas como es el caso de un *trust* constituido de manera expresa. Vid. ANDERSON, M.: “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés” en *Anuario de Derecho Civil* nº3, 2006, p. 1265-1266.

²⁴² Vid. BARRUETABEÑA ZENEKORTA, *op. cit.*, p. 390, “si se permitiera una libertad revocadora absoluta al supérstite, el interés que el premuerto depositó en las decisiones que corresponsivamente tomó con el otro otorgante se verá frustrado, lo cual no sucede, en cambio, si el sobreviviente revoca sus decisiones individuales o recíprocas. Por lo tanto, a la hora de establecer la revocabilidad del testamento mancomunado, y los límites que encuadran esta actuación, deberá encontrarse un equilibrio entre la revocabilidad de los testamentos y la protección de las expectativas sucesorias de los causantes, en especial, una vez que alguno haya fallecido. Ante este dilema, aboga la autora por priorizar la defensa de la voluntad sucesoria, garantizando a los sujetos que hagan uso de un testamento de hermandad que sus

Ante este panorama, si la empresa familiar es ganancial, se hace necesario coordinar los testamentos de ambos cónyuges con la finalidad de que los bienes gananciales tengan el mismo destinatario e incluyendo en los respectivos testamentos que la eficacia de la partición quedará en suspenso hasta el fallecimiento del último de ellos. En el caso de parejas estables se incrementa esta necesidad por los problemas que pueden surgir en caso de abrirse la sucesión intestada²⁴³.

Conforme al art. 1379 CC cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales, si bien, debe tenerse en cuenta que la disposición de un bien ganancial solo producirá todos sus efectos si fuera adjudicado a la herencia de testador, tal como señala el art. 1380, puesto que si no se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo de fallecimiento. De este modo, la eficacia de la atribución de la herencia o legado de bienes concretos dependerá de si se adjudica en la liquidación de la sociedad ganancial al patrimonio privativo del testador o por el contrario al de su cónyuge.

Al ser necesario liquidar la sociedad de gananciales como paso previo a la partición de la herencia, tanto en la sucesión testada como intestada, si la empresa está integrada en la sociedad, su disposición requiere primero la disolución y liquidación del régimen tras la apertura de la sucesión del testador. En el caso de sucesión intestada, o testada donde no exista previsión alguna por parte del testador al respecto, y régimen económico de gananciales, nos encontramos ante una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite o sus herederos y los herederos del cónyuge premuerto y si existen capitulaciones matrimoniales referidas a la liquidación de la sociedad ganancial deberán

determinaciones sucesorias no se vean modificadas por la actuación del otro causante. En consecuencia, una vez fallecido uno de los testadores ocurrirá que las disposiciones correspectivas sean irrevocables, claro está, pudiendo revocar libremente el causante supérstite las decisiones que no contaran con este carácter”. En nuestra opinión, es en el ámbito de la irrevocabilidad donde puede tener cierto paralelismo a los contratos sucesorios.

²⁴³ En este sentido, la articulación de la voluntad común de los cónyuges puede realizarse mediante la previsión de la adjudicación del bien ganancial que pretendan atribuir a un determinado sucesor, al patrimonio privativo del cónyuge que fallezca primero, ordenando en ambos testamentos el legado o la institución en cosa determinada, condicionando su vigencia a que no haya tenido eficacia el establecido en el testamento otorgado por el otro cónyuge. *Vid.* BUSTO LAGO, J. M.: “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: Avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial”, *op. cit.*, p. 608. *Vid.* ESPINERÍA SOTO, M. I., *op. cit.*, p. 299, señala que además “se establezca, como es usual en otras legislaciones, que si alguno de los legitimarios reclama su legítima al fallecimiento del primero de los cónyuges y, por tanto, estando pendiente la eficacia de la partición, quedará reducido a la legítima estricta, que podrá ser abonada en metálico”.

respetarse²⁴⁴. En el caso de uniones de hecho, la convivencia puede precisar de una liquidación de aspectos patrimoniales, por lo que el pacto entre los convivientes resultará no sólo útil, sino imprescindible.

El causante y los herederos, o bien los propios herederos entre sí, pueden llegar a acuerdos extrahereditarios, incluso a acuerdos sobre la liquidación futura de la sociedad de gananciales, o convenios intervivos de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales destinados a ponerse en práctica cuando la sociedad se disuelva por muerte de uno de los consortes. Ahora bien, debe tenerse en cuenta su carácter vinculante tanto para los cónyuges que los adopten en su momento, como para sus herederos²⁴⁵.

Las razones de las operaciones que han de llevarse a cabo y que hemos expuesto en los párrafos anteriores se explican en que la ley no contempla una ordenación conjunta y sucesoria del patrimonio familiar sino que es individual de cada uno. Dentro de las facultades que el testador puede delegar a su cónyuge, sí se permite, conforme al art. 831 CC, la facultad de liquidar la sociedad conyugal, y al tener la posibilidad de encomendarle las facultades necesarias para la disposición de los bienes de la herencia entre los hijos y descendientes comunes, podrá atribuir a alguno de ellos la empresa familiar de naturaleza ganancial, lo que facilita la transmisión de la misma dentro de la familia; facultades que también se extienden a las personas no casadas entre sí pero con descendencia común; nos remitimos a lo descrito en el último epígrafe de este capítulo²⁴⁶.

Por otra parte, no existen normas sucesorias específicas para la empresa familiar, son aplicables las normas generales del Código Civil, y tan solo en el art. 1056 CC, se

²⁴⁴ La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia moderna entienden aplicable por analogía el art. 1380 CC a la disposición de bien integrado en una comunidad postganancial. Están de acuerdo con la aplicación analógica de la norma porque aunque la cosa era ganancial cuando se hace el testamento, es automáticamente postganancial cuando se abre la sucesión. MAS BADÍA, M. D., *op. cit.*, p. 347.

²⁴⁵ MAS BADÍA, M. D., *op. cit.*, p. 357.

²⁴⁶ En el Derecho foral de Aragón se reconoce la legitimación a cualquiera de los cónyuges para disponer por causa de muerte de su participación en el patrimonio común y se ordena con carácter dispositivo la disposición mortis causa de bienes determinados del patrimonio común, art. 238 del Código del Derecho Foral de Aragón.

aprecia una tendencia permisiva a la conservación de la empresa y el mantenimiento en manos de la familia²⁴⁷.

Por todo ello, podemos concluir que el testamento es un instrumento que permite al empresario un cierto margen de autonomía de la voluntad para ordenar su sucesión, de necesaria coordinación con las capitulaciones matrimoniales porque al plantearse en la empresa familiar cuestiones en la que se conjugan el derecho de familia y el sucesorio, precisan de una solución integradora, siendo complicado o prácticamente imposible resolverlas separadamente. Además, con independencia del régimen económico matrimonial, el testamento es instrumento indispensable porque la ley reconoce derechos al cónyuge en la sucesión por causa de muerte²⁴⁸.

²⁴⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 53, ya exponía hace algunos años este autor que donde de un modo más agudo se ha planteado el problema sucesorio de la conservación del patrimonio familiar ha sido en la mediana y, especialmente, en la pequeña propiedad rústica, “es necesaria una adecuada ecuación entre la familia campesina y las tierras que ésta cultive y de las que viva. Ecuación que nos plantea de un modo dramático un hecho evidente: no todos los que nacen en una casa campesina pueden seguir viviendo en ella formando una sola familia, cultivadora de las mismas tierras de la casa en que nacieron. Se trata de una imposibilidad económica y hasta física que lo impone”.

²⁴⁸ Al respecto, PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” en *Diario La Ley*, *op. cit.*, la familia se “privatiza”, en el sentido de que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual, como manifestación del respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos individuales.

El testamento, al igual que las capitulaciones matrimoniales, constituye un instrumento clave para la conservación de la empresa. *Vid.* BALLESTER COLOMER, J. E.: “El protocolo familiar”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2006, p. 203. “Deberá planificarse la sucesión en la empresa teniendo en cuenta el equilibrio entre la sucesión en la gestión y en la propiedad de la empresa familiar, con el pleno respeto a los derechos legitimarios y del cónyuge viudo”.

En Estados Unidos en los casos en que el testador no actualice el testamento tras contraer matrimonio, si conforme al entonces vigente, el cónyuge no recibía nada, la ley presume que tal ausencia de modificación testamentaria se debe a un despiste del testador y para corregirlo y proteger al cónyuge arbitra soluciones diversas. *Vid.* LEGERÉN, A., *op. cit.*, p. 211, concreta las soluciones establecidas en este ámbito fundamentalmente en tres: En primer lugar, un grupo de Estados permite al cónyuge reclamar una participación específica en el patrimonio del testador, desatendiendo los términos del testamento cuya ausencia de modificación es debida a un descuido del testador. Solo tiene efecto si el testador no hizo provisión para el cónyuge en el testamento o indicó que su voluntad era no dejarle nada, si el nuevo cónyuge fallece antes que el testador, o si ambos cónyuges obtienen el divorcio antes del fallecimiento del testador. La segunda solución arbitrada consiste en establecer la revocación del testamento enteramente salvo que en él se hubiese anticipado de alguna manera el matrimonio ulterior. La última solución que legalmente se arbitra ante el posterior matrimonio del testador consiste en no efectuar modificación alguna del testamento por tal motivo, haya o no descendencia. El matrimonio no desencadena la revocación, resulta indiferente a la validez del testamento. Se fundamenta en que el cónyuge no necesita mayor protección que la *elective share* estatutariamente establecida. En definitiva, ya tiene una parte del patrimonio establecida a su favor, que actúa como limitación a la voluntad del testador. Añade que otro hecho que determina la modificación o revocación del testamento en virtud de la ley es la obtención por el testador de una declaración de divorcio que legalmente ponga fin a su matrimonio con posterioridad al otorgamiento del testamento. Presume la ley en este caso que es voluntad del testador privar o disminuir la parte de la herencia dispuesta en el testamento otorgado a favor del excónyuge y así procede. Se presume igualmente que la ausencia de actualización se debe a un descuido del testador, por ello si es voluntad de este mantener aquellas disposiciones testamentarias deberá otorgar un testamento posterior incluyendo la voluntad en tal sentido. En nuestro ordenamiento el art. 831.5 CC dispone que *las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubieran pasado a ulterior matrimonio o a relación*

2. Problemática que se plantea para la transmisión y atribución unitaria de la empresa

Cuando el patrimonio hereditario está formado exclusivamente, o en un porcentaje mayoritario, por un elemento unitario e indivisible, como es la empresa, que no se puede disgregar, nos encontramos con ciertos impedimentos para su transmisión a un único sucesor porque su elección implica el apartamiento del resto de herederos, lo que conlleva la necesidad de compensarles; en Derecho común son los problemas relativos a la aplicación de las normas sobre la sucesión.

La principal limitación que el empresario tiene que afrontar cuando se dispone a organizar la distribución de sus bienes lo constituyen las legítimas (art. 806 CC), y su intangibilidad cualitativa y cuantitativa (art. 815), mayormente cuando pretende atribuir la empresa a uno solo de sus descendientes y que también afecta a los actos de disposición a título gratuito *inter vivos* en cuanto han de computarse las donaciones que haya podido realizar el causante en vida y ser declaradas inoficiosas y objeto de reducción. Máxime cuando que no hay más patrimonio extraempresarial para compensar al resto de los legitimarios no adjudicatarios de la empresa, que permita liquidar el importe que se les adeuda. Por lo que, en la línea marcada por los autores²⁴⁹ conviene reforzar el patrimonio familiar no empresarial²⁵⁰.

de hecho análoga o tenido algún hijo no común. La ley en este caso presume que esa será la voluntad del testador porque se habrá perdido la confianza que depositó en su cónyuge cuando le delegó esta facultad.

²⁴⁹ Entre otros, GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales,” *op. cit.*, p. 432, “al lado del patrimonio empresarial, de riesgo potencial evidente, por muy conservadora que sea la familia empresaria, debe ir fraguándose y robusteciéndose el patrimonio familiar no empresarial y ello permitirá asegurar en lo posible una buena vejez del patriarca fundador, de su cónyuge, la del continuador en su caso y a la par la debida atención a los hijos-nietos no aptos o idóneos para estar al frente, o colaborar siquiera en la aventura empresarial”.

²⁵⁰ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales,” *op. cit.*, p. 432, “al lado del patrimonio empresarial, de riesgo potencial evidente, por muy conservadora que sea la familia empresaria, debe ir fraguándose y robusteciéndose el patrimonio familiar no empresarial y ello permitirá asegurar en lo posible una buena vejez del patriarca fundador, de su cónyuge, la del continuador en su caso y a la par la debida atención a los hijos-nietos no aptos o idóneos para estar al frente, o colaborar siquiera en la aventura empresarial”.

El problema de la transmisión en la empresa ya existía y se puso de manifiesto con las explotaciones agrarias, el legislador consciente de ello, trataba de facilitar su continuidad con la regulación de una normativa favorable a las mismas²⁵¹.

En lo que respecta a la legítima, si la conceptuamos como dispone el art. 806 CC, “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”, la aplicación rigorista del *pars bonorum*, nos llevaría a la desintegración de la empresa. Sin embargo, al poder hacer uso de la facultad concedida en el art. 1056 CC, pago en metálico de la legítima, y en el caso de que no exista metálico, con efectivo extrahereditario, facilita la conservación de la empresa. El propósito de la LSLNE con la nueva redacción de este precepto era mantener indivisa la propiedad de la empresa e intentar así evitar su descapitalización.

Ordenar o posibilitar el pago en metálico, así como la facultad de mejorar, instituidas por el testador, son figuras que flexibilizan la rigidez del sistema legitimario para favorecer la transmisión de la empresa. Ahora bien, siendo facultades propias del testador pueden también autorizarse: (i) en el caso del pago en metálico y de manera expresa al contador-partidor para que lo realice (art. 841 CC); (ii) en el caso de las mejoras, que no se pueden encomendar a otro (art. 830 CC), si podrán encomendarse facultades al cónyuge de atribución o adjudicación art. 831 CC)²⁵².

Aun con las limitaciones y problemas que plantean, la sucesión testamentaria facilita la sucesión de la empresa y supone cierta garantía para su continuidad. Muy al contrario de lo que sucede en la sucesión *abintestato*, que conlleva un gran riesgo de extinción para la empresa por las posibles situaciones no deseadas por el derecho a la sucesión de parientes que buscan su propio beneficio.

²⁵¹ Arts. 28 y ss de la Ley 49/1981 de 24 de diciembre de Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. La ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias deroga la ley anterior, dando nueva redacción a los artículos referidos.

²⁵² TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A: “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, *op. cit.*, p. 789, a propósito de la empresa agraria, señalan estos autores que “cuanto mayor libertad de testar exista, mayores van a ser las posibilidades del testador de organizar su sucesión de la manera que tenga por conveniente. Los sistemas que incorporan un rígido sistema de legítimas perjudican seriamente la transmisión unitaria de la empresa agraria.” Relación que se cumple en la empresa familiar y que puede constatarse según sea de aplicación el Derecho común o los distintos derechos forales.

En la planificación sucesoria confluye la libertad individual con la protección a la familia, y con las normas imperativas; el Derecho sucesorio limita a la persona para disponer en vida para después de la muerte de su patrimonio con el objetivo de proteger los intereses de determinados sujetos, por lo que esta rama del derecho siempre ha estado influenciada y condicionada por diferentes elementos o factores pero sobre la base del modelo familiar. Sobre esta idea reflexiona ALBIEZ DOHRMANN²⁵³, “la autonomía de la voluntad tiene en el Derecho sucesorio su máximo reconocimiento en el poder de revocar el testamento pero, por otra parte, es consecuente con la naturaleza de este acto, al ser un negocio jurídico unilateral. Sin embargo, no es menos cierto que la voluntad sucesoria de los particulares está muy encorsetada por los intereses que defiende el sistema sucesorio en cada momento histórico. El modo de transmisión de la propiedad y, sobre todo, el modelo de familia imperante en cada momento marcan mucho el poder que se concede a los particulares para ordenar *mortis causa* el patrimonio. El Derecho sucesorio es uno de los sistemas más ordenados y mejor articulados en que la autonomía privada tiene poco sitio. Y donde los límites están perfectamente diseñados. Cuanto más estrechos son los vínculos del causante con sus familiares, menos margen hay para la autonomía de la voluntad. Y, a la inversa, para la autonomía de la voluntad hay más espacio cuando los vínculos familiares se reducen”.

La protección a la familia no tiene el mismo rango en todos los ordenamientos, por lo que la libertad de disponer y sus limitaciones también variara de unos a otros; en nuestro propio ordenamiento conviven el derecho común y los derechos forales, con relevantes diferencias entre ellos, si bien la cuestión que subyace de fondo en todos ellos es intentar buscar el equilibrio entre la libertad del testador y la protección de determinadas personas²⁵⁴.

²⁵³ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., p. 584.

Lo mismo ocurre en la sucesión intestada, al efecto FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, op. cit., p. 539, “el llamamiento legal de la sucesión está organizado con base en el afecto y la solidaridad entre generaciones, al entenderse que son los hilos del parentesco y del matrimonio los que, en la sucesión intestada, diseñan el recorrido de la afección presunta”.

²⁵⁴ A este respecto, BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima (Función y estructura)”, en *Instituciones de Derecho Privado*, T. V. vol. 3º. AA.VV. (Dir. DELGADO DE MIGUEL, J. F.) Ed. Aranzadi. Madrid, 2005, p. 22, “los sistemas legitimarios que coexisten en España son otras tantas maneras de entender la relación entre la libertad del causante y los derechos en la sucesión del relictos de ciertos parientes próximos (y, en algunos, además, del cónyuge). Por lo que puede defenderse, sin incurrir en

Cuanto más herederos confluían, más compleja se hacía la planificación por la dificultad de conciliar los intereses familiares. Cuando existe un solo heredero, no se plantean problemas en la continuidad de la empresa, siempre que sea la voluntad del sucesor seguir al frente de la empresa, no sucede lo mismo con la concurrencia de varios herederos, donde es necesario organizar la sucesión de manera que la conservación de la empresa no se vea amenazada por la imperatividad normativa de las legítimas. Bien es verdad que existen distintas posibilidades de atribución de la empresa al sucesor, pero en la concurrencia con otros herederos forzosos, probablemente siempre surgirá la necesidad de que este asuma el pago en metálico de la cuota hereditaria a los demás legitimarios.

En esta línea es clarificador sistematizar que en casi todos los ordenamientos nos encontramos con tres limitaciones básicas al principio auto-organizador de la propia sucesión, que, a su vez, se sustentan en la protección de tres intereses distintos: (i) la protección de la familia, que limita cuantitativamente la facultad de disposición del causante; (ii) la libertad de circulación de riqueza, que establece límites a la vinculación de los bienes; (iii) la protección de la voluntad del causante, que fija unos cauces o tipos para la expresión de dicha voluntad²⁵⁵.

En nuestro caso, la voluntad del empresario testador de transmitir la empresa al sucesor y con ello asegurar la continuidad dentro del círculo familiar, se ve afectada por la propia naturaleza de la empresa como bien indivisible, de imposible fraccionamiento, y por la configuración del sistema legitimario²⁵⁶.

contradicción, que en la mayoría de los ordenamientos civiles del Estado, en los que la posesión del legitimario en la sucesión depende de la libre voluntad del causante, es necesario conocer esta para determinar la legítima exigible”.

Vid. ASLAND, J.: “Balancing interests- How much freedom of testation”, en *The future of family property in Europe* (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, p. 230, “the main purpose of succession law legislation is to strike a reasonable balance between the interests of the surviving spouse (or cohabitant), (2) the interests of other family members and (3) the deceased’s own preferences for the distribution of property. The question of how to perform this balancing act has been answered in widely diverse way sthrough out history and in different jurisdictions”.

²⁵⁵ Así lo presenta GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Tomo I. Ed. Marcial Pons, 2ª ed. Madrid 2009, p. 47.

²⁵⁶ Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la familia*, op. cit., p. 1105, para que se pueda dar cumplimiento a lo acordado sobre la sucesión, se obliga a los firmantes a otorgar testamento en un determinado sentido, y generalmente se concreta en la obligación de no dejar la empresa en herencia a personas ajenas al grupo familiar. Sin embargo, las estipulaciones en este sentido suponen una limitación a la libertad de testar, no admitida en nuestro ordenamiento jurídico,

2. 1. Limitaciones a la libertad de disposición de la empresa. El sistema de legítimas

Los principios rectores de la empresa, unidad y continuidad en la siguiente generación encuentran un importante límite en las legítimas para su consecución. Estas se justifican en la existencia de otros intereses relevantes más allá del interés del causante, que se concreta en la necesidad de proteger a los familiares más próximos del difunto. La legítima se concibe como una obligación o deber impuesto al testador de dejar una parte de su patrimonio líquido a los legitimarios pero se permite al testador que elija la forma en que pueda cumplir esa obligación. Si el testador no cumple con esta obligación, los legitimarios tienen a su favor las acciones para defender su derecho²⁵⁷. De este modo legítima y familia van unidas y afectan a las relaciones patrimoniales.

La legítima es una institución que está permanentemente sometida a revisión desde un punto de vista del interés social. Lo que determina que las posiciones dogmáticas sobre la legítima pueden ser extremadamente amplias y contradictorias según la postura que se adopte sobre la función de la familia y el ámbito o contenido de la protección que se le quiera dispensar²⁵⁸.

pudiéndose, en su opinión reconducirse, en la mayor parte de los casos, a pactos sobre herencia futura, y que a excepción de los particionales no tienen validez en derecho común.

²⁵⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *op. cit.*, p. 192. También, BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 28, “en el sistema legitimario la ley reconoce derechos sucesorios a determinadas personas por el hecho de ostentar una condición en relación al causante, ya sea por naturaleza o por opción. Esta condición se ostenta en vida del causante y, una vez que acaece la muerte, los derechos que derivan de este hecho retrotraen sus efectos antes del fallecimiento. Y es que a favor de estas personas, los legitimarios, no surge una relación jurídica forzosa en el momento de la muerte del causante, sino que existe ya en vida de éste”.

²⁵⁸ FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, *op. cit.*, p. 371, concluye que “cabe señalar que la bondad y eficiencia de uno u otro sistema dependerá, en gran parte, del contexto socio-económico-familiar existente y de la forma concreta en que finalmente el legislador ordene la institución”.

En esta línea, VAQUER ALOY, A.: “La legítima en el derecho civil de Cataluña,” *op. cit.*, p. 475, en su opinión, el fundamento de la legítima como solidaridad interregional dentro de la familia es más que discutible hoy en día por los cambios socioeconómicos sufridos. “La expectativa de vida supera los 80 años; según el Banco de España la renta aumenta con la edad, hasta alcanzar su máximo para el grupo de hogares entre 45 y 54 años; la riqueza neta alcanza el máximo para los hogares con cabeza de familia entre 55 y 64 años de edad, ligeramente más tarde que la edad a la que se alcanza el máximo de renta; la primera maternidad se sitúa en torno a los 30 años”.

Ya puso de manifiesto VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p.12, que la temática de la justificación de las legítimas y de su significado está unida a la del mismo Derecho sucesorio: Presupuesta la admisión

En nuestro ordenamiento, los hijos y descendientes son los legitimarios preferentes, y conforme al art. 808 CC *constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición*²⁵⁹.

La legítima de los padres o ascendientes establece el art. 812 CC que la constituye *la mitad del haber hereditario de los hijos o ascendientes, salvo en el caso de que concurrieran con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo caso será de una tercera parte de la herencia*. Aunque existan descendientes o ascendientes el cónyuge viudo es legitimario, si bien su cuota varía dependiendo si concurre con unos o con otros o con ninguno. Si concurre con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo destinado a mejora. Si concurre con ascendientes tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia y no existiendo ni unos ni otros, tendrá derecho a dos tercios de la herencia según disponen los arts. 834, 837 y 838 CC.

Únicamente cuando el causante fallezca sin descendientes ni ascendientes de ningún tipo, existirá una plena libertad de testar, sin perjuicio del usufructo que pudiera corresponder al cónyuge viudo.

Ya hemos advertido que estos derechos legitimarios dificultan la unidad de la empresa, especialmente cuando en la herencia no hay otros bienes ajenos a la actividad empresarial con los que satisfacer los derechos del resto de los legitimarios no adjudicatarios. Además, las legítimas propician la fragmentación de la empresa entre los descendientes, porque tienden a un reparto igualitario entre los hijos y los nietos, situación por otra parte que puede complicar el poder de decisión del futuro sucesor.

de la propiedad y del patrimonio privados, sin los cuales el Derecho sucesorio no tendría lugar, este plantea su destino una vez haya muerto su titular.

²⁵⁹ El testador está facultado por art. 831 CC para delegar la facultad de mejorar al cónyuge, quien deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de estos, en los términos de este artículo: “podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que fallecido el testador pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluso las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que este sin liquidar”.

Ahora bien, no olvidemos que en nuestro ordenamiento, convive el sistema legitimario del Derecho común con los Derechos civiles propios, con diferencias sustanciales entre ellos. Así, en los Derechos forales existe una mayor libertad de disposición, por lo que la incidencia de las legítimas en la sucesión de la empresa no es la misma en todos ellos, siendo el de Derecho común el sistema más rígido. Como hemos indicado anteriormente, son el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones las ramas del derecho civil donde se han manifestado las mayores diferencias entre ellos.

En los Derechos forales la libertad es más amplia y tradicionalmente han sido más favorecedores para el mantenimiento de la unidad de las explotaciones agrarias, existen sistemas con legítimas más amplias o más rígidas y otras con mayor grado de flexibilidad, y en consecuencia mayor libertad de disposición²⁶⁰.

Sin embargo, en nuestro entorno, en los sistemas continentales se tiende a flexibilizar las legítimas y en los sistemas que hay una mayor libertad de testar puede identificarse una tendencia a su restricción, por lo que ambos necesitan principios correctores y la solución está en el equilibrio²⁶¹.

Estas premisas ya se pusieron de manifiesto en las Conclusiones del 9º Congreso Notarial Español (2005), en las que se sugería como una de las primeras medidas “acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. A tal fin se considera muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y permitir desarrollar formulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación, organización y transmisión de la empresa familiar,

²⁶⁰ Vid. CALATAYUD SIERRA, A.: “Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles” en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2. 1999, p. 178, señala que se plantean problemas en el Derecho interregional sucesorio al existir instituciones muy específicas, a caballo en ocasiones entre el Derecho de familia y el sucesorio, que no siempre tienen un encuadramiento claro en las escasas disposiciones contenidas en nuestro Código Civil. Concluye por ello que existe una necesidad legislativa de afrontar una normativa general que articule de modo adecuado el sistema interregional español.

En este sentido, LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social” en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 50, julio-diciembre 2010, p. 64-65, “la donación *propter nuptias* navarra (leyes 112-118 FN) ha constituido tradicionalmente un negocio *mixto* de una donación de bienes y una institución hereditaria, de forma que a la designación (contractual) de heredero, se añade un acto jurídico que anticipaba una transmisión patrimonial, insertándose en él variados pactos en los que los donantes se reservaban el usufructo de los bienes donados, ordenaban a cargo del instituido derechos de acogimiento a la *Casa* y dotaciones a favor de otras personas, establecían reservas de libre disposición y regulaban la convivencia entre donantes y donatarios, entre otras cláusulas. Por esta finalidad de *ordenación familiar y sucesoria*, en Navarra las donaciones *propter nuptias* conectan con las capitulaciones matrimoniales (leyes 78-81 FN) y con los pactos o contratos sucesorios (leyes 172 a 183 FN)”.

²⁶¹ En Estados Unidos cuando existe una impugnación por parte de los familiares que han sido excluidos de la herencia, los tribunales tienden a limitar la libertad de testar.

tales como los testamentos mancomunados, los pactos sucesorios y las instituciones fiduciarias, siempre que estas se ajusten a nuestro orden público económico.”

También en el 11º Congreso Notarial (2011-2012) se plantearon, entre múltiples cuestiones, la de los mecanismos singulares de gestión y transmisión patrimonial, y en particular, el *trust* y los patrimonios fiduciarios. Se sentaban las bases para vislumbrar las posibilidades de las fórmulas atípicas, bien para adelantar la sucesión (planificación sucesoria), o bien para obtener una gestión más eficiente del patrimonio en beneficio propio o en beneficio de otra persona, ambos fines, transmisión y gestión, pueden estar o no conectados pero en ambos casos la preocupación por conseguir una continuidad *post mortem* del camino trazado en vida suele estar presente²⁶².

Todo ello pone en cuestión el tratamiento rigorista en nuestro sistema de Derecho común. Así, es evidente que la legítima es una atribución legal con aplicación tanto en la sucesión testada como intestada, y que la configuración que tiene en nuestro ordenamiento, no es la más favorecedora a la unidad y continuidad de la empresa.

Para el empresario supone un límite para la transmisión de la titularidad de la empresa, la elección de un único sucesor, implica compensar económicamente al resto de los herederos, sin embargo, tal como está estructurado nuestro sistema, parece esta la solución más idónea porque la distribución igualitaria provocaría en una gran parte de casos su disgregación y casi siempre la atribución de la empresa al sucesor, por el valor que tiene, perjudicará la legítima de los herederos forzosos²⁶³.

2.1.1. Libertad de testar *versus* legítimas

El debate sobre la libertad de testar *versus* legítimas ha estado latente siempre, tema no exento de polémica en los últimos años son varias las voces que sugieren una revisión del sistema legitimario para adaptarlo a la realidad social. La libertad de testar imperaba en el derecho romano, por lo que no puede concluirse que es este una evolución de la propia sociedad, si bien no existe ningún sistema en Europa en el que se admite la libertad de testar absoluta, incluso en Inglaterra y Gales la misma fue

²⁶² CÁMARA LAPUENTE, S.: “*Trusts* y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 712 y 713.

²⁶³ Si la empresa tiene una entidad importante en cuanto a su volumen, y se diferencian bien los círculos de la empresa, puede ser viable la titularidad conjunta de varios miembros de la familia.

restringida por las llamadas *family provisions*; por lo que en cierta medida, no es tal libertad de testar al quedar sometida con esta figura a un control judicial²⁶⁴.

Si bien la libertad de testar es un principio rector del derecho de sucesiones y reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, existen diferencias entre ellos, y dentro de nuestro ordenamiento las encontramos entre los Derechos forales y el Derecho común. Por lo que podemos deducir que la libertad de testar absoluta no es incompatible con la Constitución y por tanto no puede predicarse que el sistema de legítimas sea impuesto por el texto constitucional²⁶⁵.

Con carácter previo, conviene realizar una concreción en cuanto al alcance del término libertad de testar, nos remitimos, por su claridad, a lo expuesto por TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO.²⁶⁶ Así, distinguen dos vertientes, en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio sin que otros se interpongan en esa actividad. A este sentido le reservan el término libertad de testar en su sentido más estricto. En sentido positivo deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño, implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica,

²⁶⁴ VAQUER ALOY, A.: “La legítima en el derecho civil de Cataluña”, op. cit., p. 474, la legítima sigue en vigor en prácticamente todos los ordenamientos europeos aunque con diferencias notables entre ellos, “si aceptamos que la *family provision* inglesa no deja de ser sino otra forma de configurar un derecho forzoso sobre el patrimonio del causante”. Si bien, por medio de estas el juez, discrecionalmente dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de los bienes suficientes para sobrevivir o en otros casos para mantener el nivel de vida que tenían con anterioridad al fallecimiento del causante. En contraste, en el ordenamiento estadounidense un testador es libre de dejar su patrimonio a quien estime conveniente, pudiendo desheredar a sus hijos porque no tiene obligación de dejarles parte de su patrimonio, a excepción del Estado de Louisiana, donde ha de dejarse una parte del patrimonio reservada a los hijos.

²⁶⁵ BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*. Ed. Dykinson. Madrid, 2012, p. 533. Al respecto, PINTÓ RUIZ, J. J.: “La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña” en *Economist & Jurist* nº 192, Julio-Agosto 2015, p. 18-20, “la intensa evidencia de que la libertad de testar es un bien para quien usa de ella, para su familia y para la sociedad, comporta la consecuencia de que las restricciones a la libertad de testar y las normas que legitimen la supresión de la libertad de testar, son de interpretación restrictiva, como son a su vez de interpretación restrictiva los negocios jurídicos que supriman o modalicen tal libertad de testar”. Señala también que ahora aún no nos hemos dado cuenta de lo difícil que es crear una semejante solución para la empresa familiar urbana: protocolos, convenios, entramados de sociedades mercantiles, unas reales, otras dignas de que se les levante el velo, ensayos de trust, aparentes disposiciones de presente, fiducias, éxodo de bienes al exterior, alimentando a costosos “fiduciarios”, etc., etc.. Nada preciso, nada definido.

En este sentido, VAQUER ALOY, A.: “Los límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones”, en *La autonomía privada en el Derecho Civil*. AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, p. 248, señala que la libertad de testar es mucho mayor en el art. 411-3 CCCat porque incluye la de otorgar pactos sucesorios. Así, “la libertad de testar es la libertad de organizar la sucesión conforme a la propia voluntad utilizando los instrumentos legalmente puestos a disposición del causante”.

²⁶⁶ TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P., op. cit., p. 17, aclaran que a pesar de esta división ambas están conectadas y pueden llegar a converger.

por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean, supone la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad, la denominan “libertad para testar”.

Es más, el hombre necesita independencia económica para poder desarrollar su proyecto vital, en cuyo proyecto está incluido el destino de sus bienes para después de la muerte. La libertad de testar se manifiesta así como una proyección de la libertad del hombre, principio o valor fundamental para que pueda realizarse el de libre desarrollo de la personalidad, y del cual es derivación del derecho de propiedad²⁶⁷.

Ya apuntaba VALLET DE GOYTISOLO²⁶⁸ que en derecho sucesorio la pugna está entre *la voluntad del testador que es la de la sucesión y ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas, y otras instituciones de las cuales aquella no puede salirse, si quiere tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias*. Sin duda, una descripción enteramente clarificadora de la necesidad de armonizar la libertad de testar- como máxima expresión de la autonomía de la voluntad-, y la imperatividad de la legítima.

La libertad de testar consiste en poder elegir cómo distribuir la riqueza acumulada en vida y a quién, tratando desigualmente a los hijos salvo el límite infranqueable de la legítima, en el supuesto, claro está, de que ellos sean los escogidos como beneficiarios²⁶⁹.

Si bien, como manifestación de la autonomía de la voluntad, la libertad de testar no es absoluta, las restricciones *ex lege* a la misma tienen como finalidad limitar la facultad dispositiva del testador. En este sentido, no faltan opiniones que señalan como el propio sistema legitimario, se explica en su origen como sanción y más tarde como corrección y freno a los abusos en el ejercicio de la libertad de testar²⁷⁰.

²⁶⁷ Idea recogida por MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 675.

²⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 3, limitaciones que son a su vez una restricción a la libertad de disposición inter vivos.

²⁶⁹ VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias” en *InDret* [En línea], Julio 2015, p. 24.

²⁷⁰ Así lo describe BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 34. *Vid.* TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 129, que señala que además de las legítimas, existen otros límites marcados por la presencia en cualquier sistema hereditario de reglas imperativas que no pueden ser cambiadas por la voluntad del testador en su concreta sucesión, referidas al Código Civil son las relativas a las reservas (arts. 811 y 968 y ss CC), la reversión legal del art. 812 CC, las vinculaciones temporales previstas, por

Así, dependiendo del ordenamiento, el margen de autonomía de la voluntad, en cuanto libertad del causante para disponer de sus bienes, estará restringido por la existencia de legítimas o de deberes alimenticios respecto de determinados familiares, o tendrá la posibilidad de destinar todos sus bienes para personas o fines ajenos a su círculo familiar más próximo. En los ordenamientos de *common law* la libertad de testar ampara la imposición de condiciones a los beneficiarios salvo que estas puedan calificarse de repugnantes, insuficientemente ciertas o imposibles.

Las propuestas de revisión del sistema de legítimas tienen como finalidad aumentar la autonomía de la voluntad del testador, es decir, incrementar la libertad de testar, lo que no significa libertad de testar absoluta²⁷¹.

ejemplo en los arts. 781 y 785 CC o las prohibiciones de disponer testamentarias, a las que alude el propio art. 785.2 CC.

La ley protege la libertad del testador, sin embargo, esto no quiere decir que tal libertad sea absoluta. BOSCH CAPDEVILA, E.: “Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 655. En el mismo sentido, BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, op. cit., p. 163, “la opinión generalizada de la doctrina señala la relajación de las costumbres y la pérdida de urbanidad en la conciencia de los padres de familia, de los antiguos valores que constituyen la ética cívica colectiva, heredada de los antepasados, normalmente condensados en los “*mores maiorum*”, desencadenaron una situación insostenible que requirió la inmediata intervención del legislador para reprimir toda esta suerte de anomalías y patologías sociales que entrañaban desviaciones individuales. El ejercicio inapropiado de una facultad, en este caso la de testar al objeto de conseguir un fin distinto y, de ordinario, moralmente reprobado por la sociedad, de aquel para el que fue concebido ab initio, bien podría coincidir, salvando las distancias, con la noción moderna de “desviación de poder”. Además opina este autor que debió de existir un sustrato socio-económico que propiciara el cambio. En otro orden, hay quien ha visto en las reservas una institución limitativa de la libertad de testar, si bien no es objeto de nuestro estudio en lo que respecta a la empresa familiar nos remitimos a la recomendación que realiza PÉREZ RAMOS, C.: “Sucesión y crisis matrimonial”, op. cit., p. 267, “sería recomendable que en aquellos de nuestros derechos en que no exista reserva lineal con relación a las participaciones sociales de una empresa familiar se evitara el efecto de desvío de la línea de procedencia a través de sustituciones pupilares, fideicomisarias o fideicomisarias de residuo”.

²⁷¹ BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, op. cit., p. 587, aunque siempre dentro de unos mínimos necesarios e imprescindibles y por consiguiente también indisponibles para el testador, que según él, cifraría en la prestación de un crédito alimentario a favor de los parientes de grado más próximo que, en todo caso, habría de quedar siempre asegurado. POU AMPUERO, F.: “Legítimas,” *Escritura Pública*, nº89, septiembre octubre-2014, p. 63, reflexiona sobre las legítimas y concreta los argumentos en contra y a favor de la libertad de testar, que transcribimos a continuación: “Como argumentos en contra de la libertad de testar se aduce que la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia porque permite diferenciar unos hijos de otros; que los hijos tienen una expectativa sobre los bienes familiares debido al esfuerzo familiar realizado en su adquisición; que existe una obligación natural de los padres de cuidar y atender a los hijos en la cual se incluye la herencia futura; y en fin, que la libertad de testar permitiría a los padres abusar de su autoridad frente a los hijos. Como argumentos a favor de la libertad de testar se dice que carece de sentido privar a cualquier persona de la libre disposición de sus bienes por el solo hecho de tener descendencia; que la obligación de asistencia de los padres comprende la atención de los hijos pero no la limitación de la propiedad de sus bienes; que, por otra parte, la limitación a la libre disposición de los bienes no asegura la inexistencia de abusos a los hijos; y, en fin que la experiencia práctica dice que en aquellos lugares donde se reconoce la libertad de testar se favorece la laboriosidad de los hijos, el espíritu emprendedor, el respeto hacia los padres, se

Siendo la cultura anglosajona referente de la libertad de testar, en el moderno derecho anglosajón la nota distintiva frente a los países de la “*Civil Law tradition*” estriba no tanto en el reconocimiento de una plena libertad de testar cuanto en la inexistencia de cuota reservada a los herederos forzosos, es decir, ausencia de legítimas. Las “*Family Provisions*”, por medio de las cuales la autoridad judicial, dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de bienes suficientes para sobrevivir en el supuesto que ni el testador ni el régimen de la sucesión intestada realicen una atribución a favor de estas personas, se configuran como una solución intermedia entre las legítimas y la absoluta libertad de testar²⁷².

Al respecto, es incuestionable que ciertamente, como se ha afirmado: legítima y libertad de testar son ideas contrapuestas, pero condenadas a entenderse, si bien, en nuestro Código la importancia de la legítima supera a la libertad de testar²⁷³. Parece, no obstante que las reformas operadas por el Código Civil han pretendido compatibilizar el respeto a las legítimas con la mayor libertad del causante a la hora de planificar su sucesión²⁷⁴.

Si bien, “la libertad de ordenar su sucesión *mortis causa* no atribuye al testador más poderes de los que tenía en vida, y ello supone que aquellas afectaciones que no hubiera podido conseguir en vida sobre la esfera de libertades y derechos fundamentales del sucesor tampoco podrá alcanzarlas mediante la ordenación de su voluntad testamentaria”²⁷⁵.

Son muchas las voces que claman una modificación en el derecho de sucesiones que se adapte a la realidad y necesidades actuales, aducen que las legítimas pudieron cumplir su función en otras épocas históricas pero no en nuestros días, y es que la sociedad actual no es la misma que la que imperaba cuando se instauró el sistema de

refuerza la autoridad paterna y se permite a los padres premiar o estimular a los hijos en función de su comportamiento hacia ellos. En particular, y respecto del viudo, el sistema de libertad de testar favorece el respeto y cuidado familiar del cónyuge viudo y su autoridad en el seno familiar”.

²⁷² BARRIO GALLARDO, A.: “Atemperar la rigidez de la legítima” en *Aranzadi Civil* nº21 marzo 2008, p. 29. En relación a lo expuesto, DE LAMA AYMÁ, A., *op. cit.*, p. 155. “Aún así su régimen dista mucho de la institución de la legítima del derecho sucesorio continental pues, como puede observarse, se trata de un derecho de concesión discrecional por el juez y no de un derecho imperativo por ley”.

²⁷³ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.* p. 268.

²⁷⁴ Díez Soto, C. M.: “La sucesión en la empresa familiar”, en *La gestión de las empresas familiares: Un análisis integral* (Ed. MONREAL MARTÍNEZ, J, SÁNCHEZ MARÍN, G., MEROÑO CERDÁN, A. L., SABATER SÁNCHEZ, R.) Ed. Civitas, Navarra 2009, p. 304.

²⁷⁵ Así lo aclara VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *op. cit.* p. 10.

legítimas²⁷⁶. Sin embargo, la realidad demuestra que ninguno de los países continentales que tradicionalmente han contemplado la institución de la legítima la han suprimido completamente.

Aún en los países en las que se proclamó la libertad de testar, esta ha experimentado evolución, es el caso del derecho inglés. De la libertad de testar absoluta, en la que el testador decide sobre su distribución y quien va a recibirla, sin restricción alguna se pasa a la libertad de testar con disposiciones intrafamiliares (mujer e hijos) y no extrafamiliares y los derechos de la *dower* que descansaban sobre la viuda a las restricciones en función de la protección familiar y en la actualidad existe un sistema de pensiones familiares.²⁷⁷ En este sentido, la libertad de testar, entendida *strictu sensu*, esto es, sin límites ni paliativos, aun en su país oriundo por excelencia, Inglaterra, constituye una experiencia cuasi anecdótica cuya vigencia efectiva aproximadamente no habría excedido el medio siglo²⁷⁸.

Desde nuestro punto de vista, la posibilidad de convertir la legítima en derecho de crédito pagadero en dinero ofrece una mayor flexibilidad al empresario para ordenar su sucesión.

2.1.2. Posición de los Derechos forales

Los Derechos forales han ampliado la libertad de testar, lo que ha permitido al empresario una mejor consecución de la unidad de la explotación y es que la configuración de la legítima colectiva proporciona mayor flexibilidad a la hora de planificar la disposición de los bienes; el causante elige entre sus legitimarios quien será el destinatario. Además, permite equilibrar la situación de quien más lo necesitase o, en el caso de la empresa, quien tuviera un mayor interés en ella²⁷⁹.

²⁷⁶ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O.: “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. T. I (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 680, son partidarios de la supresión de la legítima para los ascendientes porque no cumple ninguna “función social”, sobre todo cuando estos legitimarios ascendientes están en edad longeva.

²⁷⁷ BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 236 y 239.

²⁷⁸ Expresado con acierto por BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*, op. cit., p. 289.

²⁷⁹ LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., op. cit., p. 698, consideran estos autores que la legítima a favor de los hijos y/o descendientes, debería reconducirse en el sistema de legítima colectiva puesto que es el mejor sistema que consideraría la situación específica de cada hijo que estuviese incapacitado y/o fuese discapaz. En el mismo sentido, RAMS ALBESA, J.: “Artículos 1.271 y 1.272”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DIAZ

El Derecho de Vizcaya permite al testador distribuir libremente los bienes entre los sucesores de cada línea, apartando a los demás. En Aragón²⁸⁰, también se recoge la legítima colectiva de los descendientes, que está limitada a la mitad de la herencia, así, la legítima puede ser distribuida entre los descendientes en la forma que disponga libremente el causante y solo cuando no existe dicha voluntad, se impone la distribución igualitaria; uno de los rasgos por los que este Derecho civil aragonés se ha caracterizado, es precisamente por la amplia libertad del causante para regular su herencia.

En Derecho navarro también existe una gran libertad de testar y se permite otorgar pactos sucesorios, testamentos mancomunados y fiducias sucesorias²⁸¹. Es una legítima formal, sin contenido material y en este sentido difiere mucho del resto de los derechos forales y del derecho común y no se precisa realizar operaciones para evaluar el caudal relicto a fin de fijar la legítima²⁸². De modo que el testador está facultado para dejar todos sus bienes a uno solo de sus hijos o a varios de ellos, o incluso preferir a los nietos, y en el ámbito de la empresa familiar, elegir a la persona que considere más idónea para hacerse cargo de la misma.

La libertad de testar ya existía en el Fuero de Ayala, es una excepción única en el territorio español. Así, el artículo 89 (en la sección cuarta *Libertad de testar en el valle de Ayala*) de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco dispone:

1. *Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho.*

ALABART, S.) Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993, p. 467, a la vista de lo dispuesto en el art. 841 CC no debería haber inconveniente para admitir la institución de la legítima colectiva en la definición propia del Derecho mallorquín.

²⁸⁰ El titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar la sustitución del usufructo vitalicio por una renta mensual a cargo del adquirente. MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 651.

²⁸¹ LUQUIN BERGARECHE, R., *op. cit.*, p. 125, “en este punto podría decirse que no hay ordenamiento que otorgue a las personas más libertad a la hora de regular de forma voluntaria nuestros intereses (leyes 7 y 8) que el Derecho civil navarro”.

²⁸² Vid. CILVETI GUBÍA, M. B. en SABATER BAYLE, E., CILVETI GUBÍA, M. B.: *Derecho Civil Navarro*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2014, p. 374, se exige la designación de los legitimarios aunque sea de forma colectiva para garantizar que el causante no se olvida de ningún legitimario, que los ha tenido en cuenta a todos. En cierta forma, se presume que si no designa a un legitimario es porque se ha olvidado de él, y de conocer que existía, sus disposiciones mortis causa hubieran sido diferentes.

2. *Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al artículo 47 de esta ley.* (según este artículo: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos).

Tanto el Fuero Nuevo de Navarra como el Fuero de Ayala prevén un régimen de libertad dispositiva que, pensado para preservar la transmisión indivisa del patrimonio familiar, faculta su destino integro a terceros ajenos a la familia²⁸³.

Por lo que respecta al Derecho catalán, existe una amplia libertad de testar por el sistema de legítima corta, que al ser además pagadera en dinero facilita la transmisión indivisa del patrimonio²⁸⁴. De ahí, que algunos sectores de la doctrina catalana están patrocinando la solución favorable a la absoluta libertad de disposición *mortis causa*²⁸⁵. No faltan autores que proponen la conveniencia de suprimir la legítima individual y postular una legítima global a favor de todo el grupo de los descendientes y a crear grupos familiares para dar a cada uno de ellos a su vez una legítima global²⁸⁶. No obstante, la evolución de la sociedad catalana en los últimos años ha sido tomada en cuenta por el legislador, así los cambios que ofrece el Libro IV CCCat se orientan en una triple dirección: ampliación de la libertad de testar con la introducción de nuevas causas de indignidad, desheredación y prohibiciones de suceder, toma en consideración de la naturaleza cambiante de las estructuras familiares, y reformulación de los pactos

²⁸³ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *op. cit.*, p. 37, plantea que si la garantía institucional de la herencia ha de servir y amparar a todos los ordenamientos sucesorios que coexisten en España, no puede identificarse como un elemento esencial en ella un régimen de legítima material, ni siquiera ritual o formal. En otro caso el contenido de la garantía institucional de la herencia no sería unívoco y variaría en función del ordenamiento con el que se relacionara, generando una cierta negación de la unidad del orden constitucional.

²⁸⁴ Al efecto, LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M., *op. cit.*, p. 66, esta legítima corta y pagadera en dinero, que ha sido históricamente decisiva para la preservación de la estructura “pairal” catalán (la conservación de la empresa familiar agraria), lo sigue siendo en la actualidad para facilitar la transmisión indivisa, generación tras generación, de las modernas empresas comerciales e industriales.

²⁸⁵ Se aduce que la familia, en su sentido tradicional, al menos, que es donde encuentra su primer fundamento sociológico la legítima, está en trance desaparecer y, por consiguiente, no tiene claro sentido mantener una institución que descansa esencialmente en aquel concepto tradicional. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *op. cit.*, p.189.

²⁸⁶ GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, *op. cit.*, p. 105, si bien considera que esta proposición sería muy poco apoyada por la doctrina más tradicional y sería tachada de “castellana o “aragonesa.”

sucesorios como instrumento destinado, fundamentalmente, a facilitar la sucesión de la empresa familiar²⁸⁷.

Con independencia de cuál sea su configuración, la legítima solo lo es a favor de determinadas personas, legitimarios, que respecto a su posición, seguimos siendo acreedores de un pasado histórico²⁸⁸.

Dentro de los derechos forales encontramos diferencias en la cuantía y su distribución entre los legitimarios y con respecto al derecho común son la reducción de la legítima de los ascendientes, o su inexistencia, reducción de la legítima de los descendientes, reconocimiento de mayores derechos al cónyuge viudo y en general, mayor flexibilidad de la naturaleza de la legítima.

Las distintas posibilidades de cuota legitimaria conforman algunos ordenamientos como más flexibles y se adaptan mejor a las necesidades de la familia y a la realidad social imperante, y desde luego, el empresario encontrara los sistemas forales más favorables para planificar su sucesión que el derecho común.

2.1.3 Fundamento de la legítima. Propuestas de reforma

Las legítimas se han explicado como “correctivo mínimo de la libertad de testar “y como “límite a la libertad de testar,”²⁸⁹ y si bien, suponen una limitación a la libertad

²⁸⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E., ANDERSON, M.: “Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. VV.AA (Coords. CUENA CASAS, M., et. al) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, p. 1706- 1710, en Cataluña se permite al causante privar de la legítima a los legitimarios cuando exista ausencia familiar y continuada de relación familiar. Si bien, como señalan estas profesoras, se trata de una causa tan genérica que es difícil valorar jurídicamente los motivos personales que cada uno pueda tener para dejar de tratarse como normalmente lo hacen padres e hijos y mucho más probar la culpa exclusiva de la ruptura de uno de ellos. Nos parece interesante la percepción que realiza MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 65, sobre la limitación de la computación de donaciones a las hechas en los diez años precedentes a la muerte del causante, salvo que se trate de donaciones otorgadas a legitimarios e imputables a su legítima, en cuyo caso son computables sin límite temporal. “Debe percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores”.

²⁸⁸ TORRES GARCÍA, T. F.: “La legítima en el Código Civil”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* (Ed. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.) Grupo de investigación De Conflicto Legum. Santiago de Compostela 2009, p. 317.

²⁸⁹ VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias” en *InDret* [En línea], Julio 2015, p. 5. Al efecto, BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, *op. cit.*, p. 175, “la imposición de límites traería causa de aquella visión según la cual una excesiva autonomía de la voluntad en el campo de las sucesiones por causa de muerte puede resultar perniciosa, dado que siempre existiría la posibilidad de que el causante hiciera ejercicio inadecuado de ella, más guiado por el capricho que por la equidad, pudiendo disponer a favor de un extraño y arrojando, como consecuencia de tal

de testar, la realidad demuestra, como ya hemos señalado, que en los ordenamientos europeos no existe una libertad de testar absoluta; el sistema de legítimas existe en toda Europa excepto en el Reino Unido y en Estados Unidos. En este último, el Estado puede limitarla y además, en casi todos ellos existe una protección al cónyuge.

El derecho a la herencia, junto al de propiedad, se reconoce en el art. 33 CE. Ahora bien, la capacidad de decidir cuál será el destino de la riqueza acumulada en vida después de la muerte, no goza de una protección absoluta y por ello, puede justificarse la limitación de la legítima en base a la función social y familiar que cumplen. Cuestión distinta a plantear será si la cuota legitimaria es la apropiada²⁹⁰.

Este precepto hay que ponerlo en relación con el 39 CE, así propiedad y familia tienen amparo constitucional, lo que no significa que suprimir la libertad de testar y las legítimas sea inconstitucional.

Es seguro que no puede deducirse de la Constitución española un sistema de legítimas²⁹¹. Otra cosa es que el Derecho de sucesiones deba conciliar la libertad de disponer con la necesaria protección de la familia y el sistema de las legítimas sea una de las formas de lograrlo, sin embargo no parece exigencia constitucional que ese equilibrio deba alcanzarse mediante un sistema de cuotas rígidas legitimarias.

Dicho lo cual es evidente que “el Estado no puede imponer limitaciones o restricciones a la libertad de disposición de la propiedad vulnerando el contenido esencial de un derecho básico. El Estado no puede imponerse a la voluntad del propietario señalando ciegamente qué tiene que hacer y cuál debe ser el reparto de sus bienes, en beneficio de unas personas que probablemente estén desvinculadas del grupo

conducta, a su más inmediatos parientes a la miseria. De ahí, que la legítima en la tradición jurídica continental sea ante todo un obstáculo, un freno, una contención de la libertad individual; en suma una constricción que desconfiadamente se impone al sujeto en la-tal vez- absurda creencia o con el sentado perjuicio de que tal facultad concedida se empleara únicamente para satisfacer los anhelos más viles y oscuros de quien, al fin y al cabo, no deja de ser su propietario”.

²⁹⁰ Al respecto, CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA AYMÁ, A.: “La sucesión mortis causa (I),” en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 73, plantean que la función social que cumple la herencia es el fundamento de su existencia y reconocimiento constitucional. La idea de función social está muy ligada a la concepción de la herencia por la sociedad y la evolución que está pueda sufrir. En la sociedad actual la herencia ya no cumple un sustento económico sino que supone un incremento patrimonial del heredero al que ya tiene forjado normalmente por su trabajo. Esta puede ser una de las razones por las que junto a los cambios sufridos en la familia, se tienda al reforzamiento de la posición del cónyuge viudo.

²⁹¹ PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, vol.13 2009, p. 500. Y precisamente porque se admite la libertad de testar en algunos Derechos territoriales, la legítima no puede tampoco considerarse como de orden público.

familiar, y cuyas cualidades y merecimientos solo el propietario puede sopesar”²⁹². Lo que no es obstáculo para que sigamos percibiendo el sistema de legítimas, en razón de la valoración legal del interés superior de la familia, y la extensión de ese sistema a otros casos no se debe dejar en manos de los particulares²⁹³.

Afirma IRURZUN GOICOA²⁹⁴ que “la legítima no se puede definir diciendo que es una prohibición o una limitación de la facultad de disponer. Podrá ser, y lo es sin duda, un efecto o consecuencia de la existencia de la legítima pero no “es” la legítima. La existencia de las legítimas es el imprescindible presupuesto de tal limitación”. Para CAÑIZARES LASO²⁹⁵ la legítima se puede analizar desde la perspectiva de la limitación a la facultad de disponer o desde la perspectiva del derecho que determinados parientes tienen a percibir una determinada porción de la herencia de su causante.

Podemos afirmar que ningún sistema es de por sí preferible a otro y pese a que puedan parecer muy diferentes unos de otros, constatamos que en ciertos ámbitos, los problemas que se plantean son muy similares aunque distintos los instrumentos

²⁹² MAGARIÑOS BLANCO, V., LORA TAMAYO, I., O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada” en *El Notario del s.XXI*, nº2 Julio-agosto 2005, añade que conviene tener en cuenta lo dispuesto en el art. 33 CE cuando establece que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia” y que solo la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, el cual debe ponerse en relación con la norma del art. 10 cuando dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social. También, MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar. Una reforma necesaria,” *op. cit.*, p. 682, el que el testador este obligado a cumplir ciertas obligaciones legales, como la de alimentar y educar a los hijos no son limitaciones a las disposiciones *mortis causa* sino que estaríamos ante obligaciones legales, contractuales o cuasicontractuales. Aclara en este sentido que aunque la obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado, si el padre o madre fallecen durante la minoría de edad de los hijos, estos deberán tener asegurados legalmente rentas o bienes necesarios para cubrir las necesidades que los padres deberían atender si vivieran.

²⁹³ Así lo entiende ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*. Universidad de Sevilla, Madrid 1999, p. 93, a propósito de la justificación y prohibición de los pactos sucesorios, manteniendo que es de dudosa conveniencia permitir que una persona limite para el futuro sus facultades dispositivas.

²⁹⁴ IRURZUN GOICOA, D.: “¿Qué es la legítima para el Código Civil español?” en *Revista de Derecho Civil*. Vol. II, núm. 2 abril-junio 2015, p. 260- 267, considera la legítima como un derecho sucesorio y así, “la realidad es que el reconocimiento de que el legitimario *tiene un derecho*, aunque no se haga de manera específica se formula de modo explícito y paladino en el propio texto del Código en varios casos.” Además, “es el Código el que *impone* las legítimas al causante que tenga en el momento de fallecer alguno de los familiares y éste habrá de satisfacerlas, no como quien cumple una obligación o debito, sino asumiendo una *carga* en acatamiento de una ley imperativa que-sin tener en cuenta para nada su voluntad al respecto, e incluso contradiciéndola-, ha creado a favor de los legitimarios un derecho a recibirla. Y la legítima existe con total y absoluta independencia de que *haya o no testamento*.”

²⁹⁵ CAÑIZARES LAGO, A.: “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 248.

jurídicos de los que disponen los ordenamientos para solucionarnos, sobre todo en cuanto a su flexibilidad.

Dicho lo anterior, en el derecho alemán la legítima no es un derecho forzoso a la herencia sino una pretensión personal contra el heredero por una suma de dinero equivalente a la mitad del valor de la cuota hereditaria legal y constituye una deuda de la herencia. El problema se le puede plantear al heredero cuando no exista metálico en la herencia, por ejemplo, si está integrada por una empresa, lo que hace peligrar su continuidad y conservación²⁹⁶. Si bien, cabe renunciar a la legítima y así se procede cuando el principal objeto de la sucesión es una empresa y se quiere asegurar su traspaso ordenado, por lo que parece un recurso útil y además siempre podrá compensarse en vida. En este sentido, contribuye a la planificación de la sucesión. En efecto, en Alemania, en la ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción de 24 de septiembre de 2004 (BGBl. I, 3142-3144) la legítima sufre modificaciones pero no cuestionan su fundamento ni afecta a la cuantía ni a los beneficiarios. El legislador entiende la legítima de los descendientes como un valor protegido constitucionalmente, cuya fundamentación se basa en el principio de solidaridad familiar y de protección de la familia. La legítima del cónyuge y de los ascendientes las mantiene aunque las modificaciones llevadas a cabo aumentan la libertad de testar²⁹⁷. Lo que se plantea en el ordenamiento alemán es que a pesar de que la privación de la legítima es una manifestación de la libertad de testar, el legitimario tiene una posición constitucionalmente protegida.

Por todo ello, coincidimos con la opinión que mantiene DIAZ ALABART²⁹⁸ de que la regulación de las legítimas debe ser sometida a revisión pero tomando en cuenta cuáles son las necesidades a cubrir, así como el sentir en este punto de nuestra sociedad. Y tomando en consideración las consecuencias que tiene la reforma de cada precepto en los que se relacionan con él. Esto que siempre es esencial se hace aquí absolutamente imperativo porque el Derecho de sucesiones es un sector de los más complejos y

²⁹⁶ Cabe el aplazamiento de la pretensión a la legítima. RÖTHEL, A.: *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán* (VAQUER ALOY, A. trad.) Ed. Bosch (Obra original publicada en 2007), Barcelona, 2008, p. 56.

²⁹⁷ ARROYO I AMAYUELAS: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *op.cit.*, p. 6.

²⁹⁸ DÍAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. AA.VV. (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.) Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 55.

elaborados del ordenamiento, en el que cada institución se engarza con otras, y es imposible llevar a cabo una buena reforma si no se considera la complejidad y matices de las figuras junto al funcionamiento del sistema completo.

Todas las propuestas de reforma que se han planteado sobre las legítimas se encaminan al mayor reconocimiento de la libertad de testar²⁹⁹. Los partidarios de la necesidad de reformar el sistema legitimario se apoyan en que no se adapta a las necesidades actuales de nuestra sociedad y las modificaciones que se efectuaron por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante LPPPD) y por la LSLNE no fueron suficientes a pesar de que el legislador en el año 2003 pudo haber acometido una gran reforma con la finalidad de permitir una mayor libertad de disposición del causante. Se permite al testador gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un legitimario que haya sido judicialmente incapacitado, en perjuicio de la legítima tradicional pero no modifican ni el régimen general ni la cuantía de las legítimas puesto que la única reforma se centra en que el causante podrá favorecer al legitimario discapacitado en detrimento de las legítimas del resto de legitimarios, desapareciendo la intangibilidad de la legítima cuando sea para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados. En este sentido subraya DÍAZ ALABART³⁰⁰ que resulta llamativo que en lugar de acometer

²⁹⁹ Vid. ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*, op. cit., p. 233, “solo puede participarse en la herencia si el causante decide que dicha participación es conveniente para los intereses hereditarios”. También SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Iustel, Madrid 2008, p. 455, señala que la libertad en la sucesión testamentaria es total en el tercer tercio y limitada en el segundo, de modo que solo queda del todo restringida en un tercio de sus bienes y el instituto de las sustituciones también se enmarca en el ámbito de la libertad testamentaria.

³⁰⁰ DÍAZ ALABART, S.: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 1048, además, añade que respecto a la figura del fideicomiso que aquí se ha empleado no es la más adecuada cuando fiduciario y fideicomisario pertenecen a la misma generación, pues ello conlleva que en muchos casos la muerte del fideicomisario se producirá antes de la del fiduciario. Con lo que quienes recibirán verdaderamente los bienes fideicomitidos serán los herederos del fideicomisario, p. 1060. Con respecto a la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta a un fideicomiso, la valoración ha de ser negativa. En el caso en que los hijos del causante no son menores y han completado su instrucción se podrían rebajar las cuotas de legítima siguiendo el modelo de otros Derechos civiles españoles. La opción elegida en la ley no es solo que se pueda rebajar la cuota de legítima a los coherederos del incapacitado sino que se puede, en la práctica privarles de ella. DÍAZ ALABART, S., et al: *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (Dir. DÍAZ ALABART, S.) Ibermutuamur. Madrid, 2004, p. 234. Así mismo, señala que puesto que se permite que se grave la legítima estricta, el legislador no haya pensado en extender la posibilidad al caso de que sea el cónyuge del testador (o su ascendiente) el que este incapacitado judicialmente puesto que su legítima es mucho más corta, y por razón de edad ese fideicomiso sería más natural. Vid. DÍAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, op. cit., p. 71.

una reforma general en el sistema de legítimas del Derecho común, se opte por modificar algo que, si bien es muy concreto, afecta a la raíz del concepto de legítima y si se quiere dar mayor libertad de disposición al testador en Derecho común hágase, pero de forma generalizada y desde luego después de seria reflexión. En relación a ello, RAGEL SÁNCHEZ³⁰¹ considera que el principio general es la libertad de testar del causante y la intangibilidad de la legítima es la excepción.

Aún así, hay quienes ven en las modificaciones producidas un anticipo a las futuras transformaciones que en materia de legítimas se avizoran³⁰².

Algunos autores proponen suprimir las legítimas tal como las conocemos y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento. En definitiva, un sistema de atribuciones necesarias a cargo de la herencia con función asistencial o retributiva, que tuviera también en cuenta la función social de algunos bienes,

En el mismo sentido, RUEDA ESTEBAN, L.: “El fiduciario del art. 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson, Madrid 2013, p. 611, lo que provoca es un real perjuicio de su legítima. Además, las ventajas que la creación del gravamen suponen para el incapacitado, no tienen una gran importancia económica, y en todo caso, desde luego no son proporcionales al perjuicio que se causa con él a los demás legitimarios, máxime cuando está en manos del testador dejar a su descendiente incapacitado dos tercios de su herencia. Igualmente, ORTEGA, F.: “Patrimonio protegido”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (Coord. GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., LECIÑENA IBARRA, A.) Ed. Aranzadi, Navarra 2014, p. 243, quien opina que sería bueno una reforma más profunda del Código Civil sobre las limitaciones de los testadores, de manera especial referente a los derechos legitimarios de los herederos. La ley 41/2003 intenta favorecer, sin conseguirlo del todo, la aportación de bienes y derechos a título gratuito a favor de una persona discapaz, creando un patrimonio propio, con mecanismos para garantizar la afección de los mismos a las necesidades propias vitales del discapaz. También, GIL RODRIGUEZ, J.: “La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad”. 2010, Disponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/La+sucesi%C3%B3n+contractual.pdf>, p. 9.

³⁰¹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 2000-2002, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2003, la libertad del testador se ha ampliado, pues incluso puede gravar el tercio de legítima estricta instituyendo fiduciario al hijo o descendiente judicialmente incapacitado y nombrando sustitutos fideicomisarios a los demás coherederos forzosos. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre introdujo una serie de normas que afectan cualitativa y cuantitativamente a la legítima, art. 782 y 822 CC. *Vid.* NUÑEZ NUÑEZ, M.: “Algunas reflexiones-negativas-al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre,” en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. AA.VV. (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.) Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 679, “el testador conoce la realidad económica de sus descendientes al momento de otorgar testamento pero desconoce lo que el futuro deparará a unos y otros, y al proteger al hijo incapacitado, está desprotegiendo al de legitimarios descendientes al poder los hermanos no discapacitados posteriormente devenir de peor condición”.

³⁰² COBAS COBIELLA, M. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas” en *Revista de Derecho Patrimonial* nº 17 2006, p. 49, o por lo menos, como preocupación entre los estudiosos del tema.

señaladamente la vivienda³⁰³. A otros, aunque les parece correcto que se supriman legítimas y, en consecuencia, que se amplíe la libertad de disposición del causante, consideran que a veces también puede parecer excesivo que fallezca un hijo al que se han prestado importantes servicios, sin hijos o descendientes directos y que los padres no puedan recuperar vía sucesión algo de lo invertido en este hijo y por ello se muestran a favor de un sistema de retornos sucesorios que permitiera a aquellos progenitores que dependen económicamente de un hijo fallecido sin descendencia, obtener una participación en la herencia de su hijo en estas circunstancias³⁰⁴.

En la línea anterior, la legítima actual debería revestir hoy un carácter más asistencial que retributivo, al menos, en el caso de los descendientes. Por tanto, si no hay menores de edad o discapacitados, ni tampoco se hallan los parientes más próximos en estado de necesidad, cada cual tendría que ser en el presente muy libre de hacer con sus bienes lo que le plazca³⁰⁵. Y es que el carácter eventual y temporal que los alimentos tienen ya, como función de satisfacer necesidades vitales en mayor o menor extensión, se contrapone con el carácter permanente de la legítima la cual no responde a ningún presupuesto vital³⁰⁶.

De las modificaciones de los arts. 1056 y 831 CC, podemos observar cómo sin cambiar el sistema legitimario se permite a los testadores una mayor libertad de testar,

³⁰³ Es el caso de DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Autonomía privada y Derecho de sucesiones”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 599-600, es sin duda más fácilmente asumible una reforma de las legítimas que no cuestione el sistema pero evite las disfunciones más graves. Se trataría de reducir cuantitativamente la legítima de los hijos (la de los ascendientes creo que debería desaparecer como tal en cualquier caso), además de configurarla como derecho a un valor, no a unos bienes, que puede satisfacerse por cualquier título. Si existen ejemplos de reducción y flexibilización pero no de convertirlas en más rigurosas, lo que no cabe duda que es significativo.

³⁰⁴ En esta línea, ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*, op. cit., p. 216, critica la supresión de la legítima de los progenitores alegando que quien ha invertido en beneficio de sus hijos, no tienen derecho a un beneficio sucesorio si el hijo premuere sin descendencia mientras que el hijo va a estar doblemente beneficiado, sin perjuicio de la imputación. Vid. ROCA TRIAS, E.: “Una reflexión sobre la libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 1252.

Encontramos ordenamientos en los que los ascendientes no son legitimarios, es el caso de Francia, donde la legítima de los ascendientes fue suprimida por la Ley de 23 de junio de 2006. Vid. FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, op. cit., p. 539.

³⁰⁵ Así lo considera BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, op. cit., p. 481.

³⁰⁶ Opinión que mantiene TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 224.

por lo que en todo caso, y al menos, puede avanzarse en esta línea, flexibilizando las legítimas y sin implicar con ello supresión alguna. Así, es más asumible un sistema de reforma de las legítimas que no cuestione el sistema pero evite las disfunciones más graves, eliminando la de los ascendientes, reduciendo la de los hijos y configurándola como un derecho a un valor, no a unos bienes, que pueda satisfacerse por cualquier título³⁰⁷. En definitiva, flexibilizar pero no suprimir. Consideramos que nos encaminaremos a un sistema de reducción y debilitamiento de la legítima pero no de su supresión, prueba de ello es que los Derechos forales por mucho que hayan reducido el número de legitimarios o su cuantía, la legítima ha permanecido; se trata de llegar a un equilibrio entre libertad de testar y legítima.

Si bien es cierto, que la sucesión está basada en un sistema tradicional que deja de tener sentido, va resultando un sistema obsoleto que habrá que revisar y basar las reglas en criterios distintos porque las necesidades han cambiado³⁰⁸.

Al respecto, concluye REBOLLEDO VARELA³⁰⁹ que la familia se estructura exclusivamente en base al parentesco derivado de la filiación y del vínculo matrimonial, sin apenas integración de la sucesión *mortis causa* con los problemas de las crisis matrimoniales y familias monoparentales o reconstituidas con nuevos hijos en común. De ahí, que algunos autores señalen entre los argumentos para una propuesta de reforma del derecho sucesorio en el Código Civil, que la herencia no tiene ya la función de transmitir de padres a hijos los medios de sustento de la familia sino que suele ser un bienvenido complemento a la jubilación, y es que en la mayoría de los casos cuando los descendientes reciben los bienes hereditarios, estos no constituyen un elemento imprescindible para su subsistencia porque tienen una situación favorable de riqueza³¹⁰.

³⁰⁷ De este modo piensa PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *op. cit.*, p. 498.

³⁰⁸ ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia. op. cit.*, p. 241.

³⁰⁹ REBOLLEDO VARELA, A. L.: “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: Conclusiones de una investigación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson, Sevilla, 2010, p. 25.

³¹⁰ Así se manifiesta VALLADARES RASCÓN, E.: “Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4900-4902, aunque no siempre sea así, el legislador ha solucionado el problema de la transmisión y conservación de las grandes fortunas con la reforma del art. 841 CC y 1056 CC. Al dejar claro este último que las legítimas pueden pagarse en dinero no hereditario, deja claro también que la función de la herencia no es la de asegurar que todos los hijos reciban bienes productivos. Propone una modificación del Código Civil: En la sucesión intestada, habría que conceder al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia, sin perjuicio de asegurar, en su caso, el derecho a los

En este ámbito, son las grandes transformaciones en la familia y en el Derecho de familia las que llevan a modificaciones del Derecho de sucesiones³¹¹ y en cuanto al Derecho sucesorio tradicional, opinan algunos autores que no está en crisis sino que lo que existe es una metamorfosis funcional que debe llevar a que se acompañe la disciplina sucesoria “mortis causa” a las actuales necesidades y estructuras sociales³¹².

En el sentido expuesto se advierte lo paradójico de tantas modificaciones de los modelos familiares imperantes en la sociedad actual y del Derecho de Familia del Código Civil y de legislación civil extramuros que no hayan provocado cambios paralelos del Derecho sucesorio y, en particular, en la sucesión abintestato que es la que se aplica en defecto de sucesión ordenada voluntariamente por el causante. El sistema de sucesión abintestato debería estar adaptado a los modelos social y jurídicamente imperantes, acaso en mayor medida que el de legítimas, y ello con independencia del fundamento de dichos llamamientos³¹³.

Si con la legítima se tiende a proteger a determinadas personas para que no queden desamparadas a la muerte del causante, habrá que plantearse que la legítima va perdiendo su carácter tradicional, puesto que en nuestros días la institución de la legítima, en la gran mayoría de casos, no viene a cumplir esta finalidad; no se adapta a las circunstancias sociales y económicas presentes y no ha evolucionado a los cambios que se han ido produciendo y que son muy diferentes a los que existían cuando la legítima se instauró en nuestro sistema. En la configuración de la legítima prima la protección a la persona sobre el patrimonio familiar, fin que no se ajusta a lo que se persigue en la empresa familiar, razón de más, para que en este ámbito sobre todo, se

alimentos, en el sentido más amplio, de los hijos del premuerto. Sería conveniente suprimir, en todo caso, la legítima de los ascendientes, y alterar el orden de sucesión establecido en el art. 935 a favor del cónyuge viudo, sin perjuicio de establecer un derecho de alimentos amplio a costa de los bienes del difunto. En la sucesión testada se inclina por la absoluta libertad de testar, estableciendo un derecho de alimentos a costa del caudal hereditario a favor de los hijos. En el mismo sentido, ARROYO I AMAYUELAS, E., ANDERSON, M.: “Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán”, *op. cit.*, p. 1717, la solidaridad obligada *post mortem* del testador con su familia no está justificada cuando la legítima no procura el mantenimiento de los hijos y solo sirve para mejorar su nivel de vida puesto que, en el momento de suceder, ya hace tiempo que se han emancipado y probablemente reúnan un patrimonio mayor que el de sus padres.

³¹¹ DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Autonomía privada y Derecho de sucesiones”, *op. cit.*, p. 544, fundamenta que el debate sobre la libertad de testar en razón de sus efectos sobre la redistribución de la riqueza, la configuración de las familias y la conformación de las formas de propiedad es un debate del pasado y resulta inútil en aquellos términos como premisa para una reforma del Derecho de sucesiones.

³¹² Así lo expresa EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *op. cit.*, p. 21.

³¹³ Idea recogida por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, *op. cit.*, p. 32.

flexibilice. Además, el que se amplíe la libertad de testar no significa que se vaya a dejar sin protección a determinadas personas.

Sin duda, el mayor margen de libertad de testar favorecería la ordenación de la sucesión y la transmisión de la empresa, el empresario podría adjudicar la empresa a un único sucesor, el más capacitado y así evitar su división porque el reparto igualitario impide al testador ejercer su voluntad de preferencia sobre el sucesor que considere más adecuado. Por otra parte, si el empresario no puede desigualar en el reparto y distribución de sus bienes, parece que no se adecua al principio de equidad el que hijos con distintas capacidades para dirigir la empresa tengan las mismas oportunidades. A todo esto se añade que la atribución de la empresa a uno solo de los descendientes implica una gran capacidad económica para hacer frente al pago de las legítimas. En este paradigma, las reformas tendrán que ir encaminadas a facilitar mecanismos de transmisión que limen las rigideces de la legítima, observando que el mayor impedimento para la transmisión de la empresa lo constituyen las legítimas de los hijos y descendientes, y también los derechos del cónyuge viudo.

En el conjunto de nuestro ordenamiento y en concreto, en materia de sucesiones, ha existido mayor iniciativa legislativa en los derechos autonómicos que en el derecho común y para plantearse reformas basta con fijarse en aquellos derechos y las figuras que regulan, más acordes con la naturaleza de la empresa familiar, y por tanto más favorecedores para su continuidad. La legítima ha ido perdiendo protagonismo para conferir mayores facultades de disposición al causante, puede observarse sobre todo en derecho aragonés, derecho gallego y derecho catalán³¹⁴.

Con todo, no es menos cierto que cualquier límite a la libertad de disponer tiene que tener un fundamento en una función social y en el caso de llevarse a cabo una modificación de la legítima debe ser cautelosa porque no puede quedar desprotegida la familia. En nuestro caso, no puede haber razones que justifiquen esa libertad de testar conectadas al mantenimiento de la empresa si no van acompañadas de otro tipo de cautelas como la carga al beneficiario de continuar la explotación, la prohibición de

³¹⁴ Al efecto, FONT I SEGURA, A.: “La ley aplicable a los pactos sucesorios” en *InDret* [En línea], número 2, 2009, p. 14, “podría decirse que se agudiza el carácter patrimonial del derecho sucesorio, disminuyendo en consecuencia el componente familiar”.

venderla o, incluso, previamente, la imposición al causante de la necesidad de escoger como sucesor al más idóneo para la continuidad de la empresa, por ser la unidad, conservación y continuidad principios rectores de la empresa³¹⁵. A este carácter preventivo nos referiremos en el capítulo siguiente al tratar los pactos sucesorios.

Dejando al margen el debate existente entre los partidarios de suprimir la legítima y los que consideran que debe mantenerse, posiblemente la solución no esté ni en suprimir las legítimas ni en la absoluta libertad de testar sino en su flexibilidad para adaptarlas a las situaciones familiares y empresariales y revisar la participación en la herencia de los legitimarios conforme a sus necesidades porque la familia ha experimentado profundos cambios y el sistema sucesorio precisa adaptarse a los tiempos actuales³¹⁶.

Parece que no tiene mucho encaje en el ordenamiento español la sustitución del sistema de legítima por un derecho de alimentos y por tanto, difícil su sustitución³¹⁷.

Para concluir este apartado, transcribimos, por su interés, las propuestas que realiza GOMÁ LANZÓN³¹⁸ para “retocar” el sistema legitimario y adaptarlo correctamente a la sociedad actual: Así, de manera rigurosa propone las siguientes modificaciones:

³¹⁵ PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *op. cit.*, p. 541.

³¹⁶ En este sentido, PÉREZ RAMOS, C.: “La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el s. XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 123, aunque estuviéramos en un sistema de absoluta libertad de testar, en la inmensa mayoría de los casos se acabaría testando por los causantes de forma similar a como sucede en la actualidad porque las aspiraciones no son muy dispares a las que reflejan el actual sistema legitimario, si bien con las matizaciones que la rigidez del actual sistema legitimario impide contemplar.

³¹⁷ Al respecto, PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *op. cit.*, p. 505. A los problemas de determinación de si el momento relevante para apreciar la situación de necesidad es exclusivamente el de la muerte del causante se añaden otros, como el excesivo choque con la tradición de las legítimas por cuotas, lo que indudablemente daría lugar a costes adicionales de transacción. Además quienes defienden este derecho de alimentos para los descendientes necesitados como alternativa a su derecho a la subsistencia no son totalmente coherentes con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento.

³¹⁸ GOMÁ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson, Madrid 2013, p. 574-575.

- Supresión de la legítima de ascendientes, o mantenerla hasta una cierta edad del descendiente (25 años por ejemplo) y de manera colectiva entre todos ellos, reducción de su cuantía y siempre pagadera en dinero, como un crédito contra la herencia, salvo indicación contraria del testador.
- El tercio de mejora que sea de de libre reparto entre descendientes y el cónyuge. De este modo se podría adjudicar al cónyuge dos tercios en pleno dominio.
- A elección del testador, la legítima de los hijos o de alguno de ellos podría ser convertida en un crédito contra la herencia pagadero en metálico y que no impidiera el reparto de ésta sin el consentimiento de ese legitimario.
- Que la legítima del cónyuge pudiera ser, a elección del testador, pagada en metálico y como un crédito. Es decir, que en todas las legítimas tuviera el testador la posibilidad de excluir a un legitimario o a todos de los bienes hereditarios propiamente dichos. Eso simplifica la sucesión de la empresa familiar, que se podría dejar a un hijo por completo, pagando a los demás como acreedores.

En efecto, se hace necesario un cambio en el régimen de legítimas en lo referente a las cuantías y porcentajes para ampliar la libertad del testador y facilitar la sucesión en la empresa, que sin duda, alguna solucionaría y evitaría gran parte de los problemas inherentes a su transmisión.

2.1.4. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo

Nuestro ordenamiento otorga a los cónyuges-en ocasiones a las parejas de hecho-, ciertos derechos sobre el patrimonio, de ahí que en el ámbito de la empresa familiar se trate de alejar al cónyuge de la propiedad y gestión de la misma con el fin de mantener la continuidad generacional en línea descendiente. En cualquier caso, son derechos que el empresario deberá considerar cuando se disponga a planificar su sucesión.

La posición que ostenta el viudo va unida al sistema sucesorio general vigente en cada momento debido a la notable importancia que tiene en la configuración de la familia y esta a su vez requiere de un concreto sistema sucesorio. De ahí, que “el orden de intereses prevalente en un determinado sistema familiar y sucesorio condicione la situación del viudo, pues siendo los patrimonios, como los recursos en economía, escasos o al menos limitados, cuando se incrementan los derechos del viudo, se reducen

los de los legitimarios y viceversa; y cuando se quiere conservar unido el patrimonio en una sola cabeza ello repercute en los no favorecidos, entre los que suele estar el viudo”³¹⁹.

Por ello, las normas que regulan las relaciones patrimoniales en vida de los cónyuges influyen en el estado de viudez; por regla general hay una correlación entre los derechos sucesorios y los derechos derivados del régimen económico matrimonial. Por el contrario, existen otros ordenamientos, como es el caso de Reino Unido, en los que el régimen económico no tiene incidencia en el régimen sucesorio, en consonancia con la libertad de testar que dispone este sistema³²⁰.

En cuanto a los derechos a la sucesión intestada del cónyuge viudo y su relación con el régimen económico matrimonial, nunca se ha tenido en cuenta³²¹ y así, nuestro sistema es el único que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes y el único que llama a todos los ascendientes con preferencia al cónyuge. En los Derechos de Cataluña y el País Vasco, el cónyuge si es llamado en la herencia con preferencia a todos los ascendientes, otra muestra de las diferencias que existen entre la regulación de los Derechos forales y el Derecho común.

El Código Civil en este aspecto se organiza bajo una comunidad de bienes y se reservan escasos derechos sucesorios al cónyuge viudo, que se concretan generalmente en la posición de usufructuario de cuota. En cambio, en el sistema alemán con un

³¹⁹ Reflexión de GOMÁ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo,” *op.cit.*, p. 606.

³²⁰ La protección que se otorga al cónyuge viudo se basa en que en vida de los cónyuges estos tienen unos intereses comunes que vienen regulados a través de unas normas, las relativas a los regímenes económico matrimoniales, por regla general hay una correlación entre los derechos sucesorios y los derechos derivados del régimen económico matrimonial. GOMÁ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo”, *op. cit.*, p. 633- 634.

³²¹ Opinión que mantiene MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, *op. cit.*, p. 286, “entiendo que el derecho español no ha tenido nunca en cuenta el sistema económico matrimonial para establecer los derechos a la sucesión intestada del cónyuge viudo o su posición en el sistema, a diferencia de otros ordenamientos en los que el aumento de los derechos a la sucesión intestada del viudo en detrimento de los descendientes ha dependido en buena medida del régimen de comunidad conyugal, como en EEUU e Inglaterra o en Alemania, donde la cuota sucesoria para el cónyuge depende del régimen económico matrimonial”. En el derecho francés, en la sucesión intestada los derechos del cónyuge superviviente se ampliaron tras la reforma de 2001, ocupando el primer rango de llamamiento. *Vid.* FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, *op. cit.*, p. 539.

En lo que respecta al derecho inglés, y tratándose de sucesión intestada, “los hijos y descendientes reciben el remanente una vez satisfechos los derechos del cónyuge viudo. En la práctica, esto hace que a menudo no quede remanente a repartir entre los descendientes, especialmente si los cónyuges eran beneficiarios *joint tenants* del hogar familiar, puesto que en este tipo de cotitularidad la cuota del premuerto revierte automáticamente en el superviviente y no computa a efectos de calcular lo que no pueda corresponderle en la herencia.” ANDERSON, M.: “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés,” *op. cit.*, p. 1249.

régimen de participación, la compensación es importante si el matrimonio se disuelve por fallecimiento³²².

El contenido de los derechos sucesorios que se atribuyen al cónyuge viudo en el Derecho común difiere del que se atribuye en los distintos Derechos forales. Así, referenciamos muy sucintamente, que en Aragón el matrimonio atribuye a ambos cónyuges el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento publico o lo dispuesto de mancomún por los cónyuges (art. 192 del Código del Derecho Foral de Aragón) y puede concretarse el usufructo en testamento, tanto a este derecho expectante y al usufructo puede renunciarse. Igualmente, corresponderá este derecho al cónyuge supérstite cuando el empresario tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte. Se trata de un usufructo universal.

En el ordenamiento catalán el cónyuge viudo (y el conviviente supérstite) tiene derecho a la denominada cuarta viudal, que consiste en el derecho a la cuantía máxima de una cuarta parte de la herencia, tanto en la sucesión testada como intestada y no se extingue por nuevo matrimonio o por el hecho de que el superviviente conviva con otra persona, art. 442-4.3 CCCat. A pesar de carecer el cónyuge de legítima, se le reconoce el derecho a solicitar de los herederos los bienes necesarios para mantener su nivel de vida, que no podrán exceder de esa cuarta parte.

En cuanto al derecho de Navarra, se otorga al cónyuge supérstite el usufructo universal sobre los bienes del premuerto, es lo que se denomina “usufructo de fidelidad” y es también renunciable.

El Derecho de Galicia atribuye al cónyuge el usufructo de la cuarta parte de la herencia si concurre con hijos y la mitad a falta de estos.

En el derecho del País Vasco se otorga al cónyuge el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y en caso de no haber descendientes será del usufructo de dos tercios de la herencia.

³²² En esta línea, *vid.* GOMÁ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo”, *op. cit.*, p. 633, “quizás por haberse debilitado la necesidad de mantener el principio de conservación de los bienes en la familia, se puede observar una tendencia en el Derecho comparado a atribuir derechos en propiedad al viudo, en numerosas ocasiones en proporción al derecho que les corresponde en la sucesión abintestato. Paralelamente, se observa una reducción de las cuotas en usufructo y la existencia de algunos países que no atribuyen cuota alguna, aunque, salvo los anglosajones, lo compensan con un régimen de comunidad amplia o similar”. En el derecho común y en los derechos forales se inclinaron por las cuotas en usufructo, o en el usufructo universal.

En todos ellos se equipara la pareja de hecho al cónyuge en cuanto a los derechos de usufructo. Nótese que no ocurre lo mismo en Derecho común donde la pareja de hecho no tienen ningún derecho.

Por otra parte, en Derecho común la libertad de testar a favor del otro cónyuge queda reducida a un legado del usufructo universal a favor del viudo por la configuración que existe de las legítimas, de modo que el cónyuge viudo en un régimen económico matrimonial de gananciales tendrá derecho a la mitad del patrimonio ganancial y al usufructo de una tercera parte de la herencia, tanto en la sucesión testada como intestada, y su cuantía dependerá de con quién concurra.

Así, el cónyuge viudo tiene derecho, si concurre a la herencia con descendientes, al usufructo del tercio de mejora, atribuyendo a los legitimarios la nuda propiedad; al ser su derecho concurrente con la legítima de los descendientes y concretarse en usufructo sobre una parte de la herencia, puede presentar inconvenientes para la empresa familiar por la separación de nuda propiedad y usufructo, la empresa quedará gravada por dicho usufructo, en función de la cuota usufructuaria que le corresponda al cónyuge y del valor que la empresa pueda representar sobre el total de la herencia³²³.

Si bien, la legítima del Código Civil representa un derecho sucesorio de algunos sujetos a recibir un beneficio económico de cuantía variable, a cargo de la herencia del difunto, el usufructo vidual reconocido en alguna legislación foral y ahora autonómica tiene un marcado carácter de institución familiar, destinado a asegurar el sostenimiento económico del cónyuge supérstite y a mantener la unidad del patrimonio familiar, impidiendo su división hasta que fallezcan ambos progenitores³²⁴. Se asegura, al mismo tiempo que el cónyuge supérstite conserve una posición importante como gestor del patrimonio familiar que al tiempo refuerce su autoridad familiar-relacionado con la finalidad del art. 831 CC-. Por otra parte, ese usufructo sobre el patrimonio familiar viene gravado con la carga de que el progenitor supérstite mantenga y cubra la alimentación, en sentido amplio, de los hijos mientras estos sean menores. Obsérvese en

³²³ En las uniones de hecho o convivencia *more uxorio* nada impide que el conviviente pueda ser beneficiario de una disposición testamentaria, siempre que se respete la legítima de los herederos forzosos. En el Derecho Civil Catalán, el cónyuge viudo no tiene derechos, salvo que quede en situación de necesidad, que se solventaría con la cuarta vidual, por lo que no supone un obstáculo a la transmisión de la empresa familiar.

³²⁴ Así lo expresa FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 54-55.

este sentido, que el viudo adquiere un usufructo verdadero y propio sobre una cuota del patrimonio hereditario, usufructo, que por tanto, alcanza a todos y cada uno de los bienes susceptibles de los que contenga la herencia. Ese usufructo genérico persiste y subsiste hasta tanto que, con la intervención del viudo o de la autoridad judicial, se concrete sobre bienes determinados o se conmute por el pago de un capital o la estipulación de una renta vitalicia³²⁵.

Debemos considerar por tanto, que si bien, el cónyuge viudo no es heredero, como legitimario ocupa una posición importante en la sucesión y además, esta no se modifica por el hecho de contraer nuevo matrimonio, dejando siempre a salvo las reservas³²⁶, motivo por el que nos podríamos encontrar con que el consorte del cónyuge viudo adquiriera una parte de la titularidad de la empresa. Por ello, es importante prever los derechos sucesorios del cónyuge al fallecimiento del empresario, sobre todo con hijos menores de edad donde los bienes que les correspondan tienen que ser administrados y en el caso de que el cónyuge no sea el progenitor de aquellos será fundamental conmutar el usufructo viudal para evitar situaciones no deseadas.

Al configurarse la legítima del cónyuge viudo como un derecho de usufructo, cabe plantearse qué supone realmente este derecho, o más bien, qué consecuencias tiene para la herencia. En la práctica, conlleva un retraso para la sucesión porque mientras el cónyuge tenga el usufructo, la disposición de los bienes por parte de los herederos está limitada y los bienes afectos al pago de dicho usufructo. Tan solo, en algún caso, este retraso puede ser conveniente por disponer de más tiempo para una adecuada planificación.

En cuanto al pago del usufructo, el testador puede ordenar la forma en que se hará y si no realiza ninguna previsión lo será sobre bienes a determinar en partición.³²⁷

³²⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Régimen sucesorio del Código Civil”, en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones*. T. II (Coord. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., RAJOY BREY, E.) Ed. Civitas, Navarra 2008, p. 801.

³²⁶ Conforme al art. 968 CC el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo pero no su mitad de gananciales. También se extiende la obligación de reservar a los casos que establece el art. 980 CC.

³²⁷ Al efecto, REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Relaciones familiares y otorgamiento de testamento”, *op. cit.*, p. 254, mientras no se realice la conmutación, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.

En este sentido, consideran algunos autores la conmutación del usufructo viudal como la institución que mejor refleja la verdadera finalidad de la legítima concedida al cónyuge supérstite, que pretende, por una parte, a través de la fórmula usufructuaria, compatibilizar el objetivo de conceder al cónyuge viudo una participación con carácter de derecho necesario en la sucesión del cónyuge premuerto, y, al tiempo, que esta participación no suponga gran menoscabo de los derechos sucesorios de los descendientes, y, por otra parte, mediante la conmutación a instancia de los “herederos,” evitar los inconvenientes que el usufructo comporta en relación con un adecuado aprovechamiento y circulación de los bienes gravados con el mismo³²⁸.

El testador puede prever la satisfacción de los derechos legitimarios por otros medios y conmutar el usufructo mediante la asignación de una renta vitalicia, asignación de un capital en efectivo o unos determinados bienes fuera del patrimonio empresarial, de esta manera se otorgaría protección económica al cónyuge, sin que se vea afectada la empresa familiar. Igualmente, el testador podrá imponer la conmutación del usufructo viudal a sus herederos para evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y en usufructo y así eludir los riesgos económicos que conllevaría para la empresa-desde la perspectiva societaria principalmente participación en resultados de la sociedad y posible transmisión de las participaciones o acciones-, por resultar una situación compleja y que no beneficia a la dinámica de la misma. En definitiva, se trata de evitar posiciones de cotitularidad.

A falta de esta previsión, los herederos pueden hacer uso de la facultad concedida en el art. 839 CC³²⁹ y conmutar el usufructo viudal, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Asimismo, cuando el cónyuge viudo concorra con hijos que solo sean de su causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, conforme al art. 840 CC³³⁰.

³²⁸ Así lo considera FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, p. 18.

³²⁹ A propósito de este precepto, concreta MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición*. Ed. Aranzadi. Navarra, 1997, p. 149, que el contenido de este artículo contrapone los conceptos de heredero y cónyuge viudo. A lo que añade que cuestión distinta es, cuando el cónyuge viudo, por voluntad del causante, ha sido instituido heredero en la totalidad de la herencia o en una parte alícuota de la misma.

³³⁰ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 292, considera que el testador puede imponer al cónyuge viudo no solo que no haya conmutación sino la forma de realizarla que estime más oportuna al igual que puede a los herederos o legatarios imponerles la conmutación siempre que haga recaer su atribución en parte de la herencia libremente disponible. Por lo que se refiere al cónyuge viudo ha de poder disponerla el testador siempre que no lo haga en fraude del derecho del viudo.

Trasladando el usufructo viudal al ámbito de la empresa, la atribución realmente le permite al cónyuge viudo no empresario tener una situación protegida, que se concreta entre otros derechos en el cobro de los beneficios que se repartan.

También, dentro del ámbito de la libertad testamentaria de la que dispone el empresario, puede atribuir al cónyuge el usufructo de la totalidad de la herencia, incluido el empresarial, quedando los hijos como nudos propietarios, que no consolidarán el pleno dominio hasta el fallecimiento de aquel. Para valorar si esta decisión es adecuada para la empresa, habrá que analizarla en cada situación concreta, atendiendo a la configuración de la empresa y las relaciones familiares existentes entre ellos, pues en este caso la voluntad del testador será que el cónyuge viudo continúe con la empresa de la que él era titular y reforzar su posición con el derecho al cobro de dividendos, que además deberá ser complementado con pactos estatutarios.³³¹ En nuestra opinión, al estar compuesto el patrimonio hereditario por empresa y siendo su finalidad la transmisión a la generación siguiente, no contemplamos esta posibilidad como muy adecuada para la continuidad de la empresa familiar por los problemas que se pueden ocasionar para hacer efectivo el usufructo. Supuesto distinto sería si no existen hijos o descendientes, en el cual suele ser habitual que los cónyuges se instituyan herederos recíprocamente o si ambos cónyuges están involucrados en la empresa.

Igualmente, se generan conflictos por la separación de los derechos de voto que recaen sobre el nudo propietario y el de cobro de dividendos sobre el usufructuario y el lapso de tiempo que puede transcurrir hasta adquirir el pleno dominio. Por regla general, interesará que el usufructo universal a favor del cónyuge se limite a los beneficios que se obtengan, en otro caso, tratándose de una sociedad, puede verse condicionado el control sobre la empresa si los estatutos confieren derecho de voto al usufructuario.

³³¹ Puede complementarse con la figura de la fiducia sucesoria del artículo 331 CC, permitiendo atribuir al viudo amplias facultades de distribución de los bienes del difunto de los que éste no haya dispuesto. GARCÍA CANTERO, G.: “Transmisión mortis causa de la empresa familiar”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, p. 107. También, *vid.* MONTES RODRÍGUEZ, M. P.: “El modo de mejorar al máximo la posición del cónyuge viudo en el testamento”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 1016, mantiene este autor que la atribución del usufructo total de la herencia puede tener por finalidad mantener el patrimonio familiar bajo la autoridad del cónyuge viudo superviviente hasta su fallecimiento, si bien en nuestra opinión, consideramos que más bien en una gran parte de los casos, se trata de garantizar un medio de vida al cónyuge viudo.

Con todo ello, es relativamente frecuente encontrarse con testamentos otorgados a favor del cónyuge en los que, haciendo uso de la cautela *socini*, se dejan todos los bienes hereditarios a los hijos pero con usufructo universal a favor del cónyuge superviviente mientras viva, ordenando que si los hijos solicitaran la partición de la herencia antes del fallecimiento de este último, recibirán tan solo su legítima, pasando el cónyuge viudo a ostentar la propiedad del tercio de libre disposición, además del usufructo que por ley le corresponde³³².

Por otra parte, establece el art. 820.3 CC que cuando el legado sea de un usufructo, los legitimarios podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador. Sin embargo, si los hijos no quisieran entregar el usufructo universal al padre viudo, le podrían, a su elección, entregar el tercio de libre disposición más su cuota usufructuaria de un tercio de la herencia, lo cual evidentemente no es lo querido por el testador³³³.

En cuanto a las reformas, proponen algunos autores reducir los derechos legales del viudo si sus necesidades básicas están suficientemente cubiertas por vía de régimen matrimonial, pues la libertad de testar a su favor debe implicar la misma libertad para hacerlo de otra manera y en otro orden, les parecería necesaria una aproximación en la sucesión intestada al sistema catalán, que sitúa al viudo después de los descendientes en el llamamiento a toda la herencia y en concurrencia con éstos le otorga un usufructo universal³³⁴.

En cuanto a la satisfacción del usufructo, no faltan opiniones que señalan que el testador dispone de muchos poderes en orden a la asignación y adjudicación de los bienes hereditarios para la satisfacción de la legítima a través de diversos medios y títulos, pudiendo satisfacer la legítima del cónyuge viudo en forma distinta al usufructo³³⁵.

Con todo ello, consideramos que el derecho de usufructo del cónyuge viudo puede resultar un obstáculo para la viabilidad de la empresa y a pesar del gravamen que

³³² CARRANCHO HERRERO, M.T.: “Reflexión crítica de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el actual modelo de familia”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 738.

³³³ GOMÀ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, *op. cit.*, p.563.

³³⁴ Así lo manifiesta GOMÀ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo”, *op. cit.*, p. 935.

³³⁵ Por ejemplo, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, p. 118-119, es así porque la propia ley conforma el derecho del cónyuge viudo a percibir la legítima en usufructo como una de las formas de satisfacción de su legítima pero no la única. El cónyuge viudo deberá aceptar lo atribuido y solo en caso de que sea cuantitativamente insuficiente, podrá pedir el complemento de legítima.

podiese suponer, siempre será mejor conmutarlo de acuerdo al art. 839 CC y en todo caso, que el empresario lo prevea en su propio testamento.

2.2. La empresa durante el período transitorio de herencia yacente

Cuando se abre la sucesión, ya sea testada o intestada, hay un período intermedio, de *vacatio*, al que denominamos de herencia yacente, donde conviven una pluralidad de herederos con un caudal indiviso. Si en dicho caudal se encuentra una empresa es necesario realizar actos de continuación, conservación y administración para evitar que la actividad empresarial quede perjudicada y paralizada por la titularidad interina³³⁶.

Una situación de comunidad hereditaria supone una imprevisión absoluta de quien es la persona que debe liderar la empresa, cómo debe organizarse el patrimonio o cómo debe de gestionarse aquella. Además, al ser una situación transitoria e inestable es fuente de conflictos. Por ello, el testador debe adoptar las respectivas disposiciones testamentarias para esta fase, como son el nombramiento de administrador, albacea o contador- partidor, e incluir la atribución de facultades, en especial a las personas que corresponderá el derecho de voto en este período³³⁷.

El causante debe intentar evitar los conflictos que pueden generarse, por lo que las adjudicaciones y atribuciones de bienes son fundamentales para la perdurabilidad y

³³⁶ FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, p. 232. Al efecto, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., REYES LÓPEZ, M. J., *op. cit.*, p. 160, el Código Civil considera la comunidad hereditaria un obstáculo para el establecimiento de relaciones jurídicas regulares y solo regulo el procedimiento para hacerla cesar, por lo que requiere necesariamente sufrir algún tipo de modificación cuando su objeto es la explotación de una empresa pues su existencia hereditaria implica una gran dificultad para el desarrollo de la actividad empresarial.

³³⁷ PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes”, *op. cit.*, p. 274, señala al efecto que no olvidemos que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y éste puede establecer el articulado por el que se desarrollará el proceso de administración hereditaria durante la fase de yacencia. Sobre las facultades que tienen los llamados a la herencia antes de aceptar, y dejando al margen las legislaciones forales que han dictado leyes sobre materia sucesoria y tratan esta cuestión, en particular Cataluña y Aragón, la doctrina más reciente entiende que el llamado a la herencia que realice esta actividad conservativa ha de ser conceptuado como un administrador provisional o temporal de la misma, habiéndose incluso llegado a defender que se trata de una especie de “administrador legítimo,” que tendría derecho a gestionar con el fin de evitar pérdidas y deterioros en los bienes que integran el caudal relicto. FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 239.

continuidad de la empresa y así eludir problemas entre los herederos. Si el testador realiza la partición evita la situación de comunidad hereditaria porque no habrá bienes comunes entre los herederos; lo más conveniente es que el testador realice todas las operaciones particionales, o al menos las previsiones para predeterminedar la partición aunque estas al no implicar atribución directa de bienes, no libran la situación de comunidad³³⁸.

Resulta especialmente conveniente que el testador prevea el reparto de los bienes cuando concurren a la herencia hijos de varias relaciones y el cónyuge supérstite, puesto que puede ser una situación difícil para la satisfacción de las legítimas.

Al ser una fase susceptible de generar conflictos, el código civil en el art. 1051, permite a cada comunero pedir la partición. Sin embargo, también se faculta al testador para prohibir expresamente la división de la herencia y limitar la posibilidad que cada coheredero tiene de solicitar la división; aun existiendo razones de diversa índole para esta decisión, si el patrimonio hereditario está compuesto por una empresa, consideramos que no es conveniente, por ser un régimen de comunidad, a la vez que denota una falta de planificación por parte del empresario.

Al respecto, señala PALAZÓN GARRIDO³³⁹ que cuando existen varios descendientes del fundador y la empresa es el bien de mayor peso en el patrimonio hereditario, la constitución de una sociedad mercantil puede resultar una solución idónea para así evitar las situaciones propias de derecho sucesorio como la comunidad hereditaria.

En cualquier caso, existen diversas soluciones que se pueden adoptar para evitar la situación de comunidad hereditaria y son las siguientes:

1. El nombramiento por el propio causante, en vida, de un gerente, cuyos poderes de representación no se extinguen a la muerte del poderdante.
2. El nombramiento testamentario de administradores o albaceas con facultades específicas para la gestión de todo el patrimonio hereditario o de la empresa en particular.

³³⁸ DIÉGUEZ OLIVA, R.: “Notas sobre algunos aspectos sucesorios de los protocolos familiares”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 342, puntualiza que la partición hecha por el testador no pone fin a la comunidad hereditaria sino que esta no llega a nacer.

³³⁹ PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, op. cit., p. 351.

3. La atribución de la fiducia sucesoria a favor del cónyuge viudo, que confiere a éste la administración de los bienes sobre los que recaiga la fiducia³⁴⁰.

3. Mecanismos testamentarios que pueden garantizar la continuidad y conservación de la empresa

En nuestro ordenamiento, como ya hemos señalado, el sistema de legítimas supone una limitación a la voluntad del testador y de manera ineludible incide en la continuidad de la empresa. Así, en general, la intangibilidad de la legítima tanto cualitativa (813 CC9, como cuantitativa (815 CC), supone una restricción a la transmisión de la empresa familiar, motivo por el cual existen reivindicaciones acerca de una reforma en el sistema de legítimas encaminadas a su flexibilización.

A pesar de ello, el empresario, a la hora de disponer de sus bienes, tiene instrumentos-a veces insuficientes-, que le permiten armonizar la voluntad de adjudicar la empresa al descendiente elegido como sucesor, con la legítima del resto de los herederos. Estos instrumentos se concretan y materializan a través de las facultades concedidas en los arts. 1056.2º, 841 y 831 CC, además de la mejora que permite al testador desigualar a alguno o algunos de sus hijos o descendientes³⁴¹. Estos mecanismos ayudan a solucionar los obstáculos impuestos por el sistema de legítimas y facilitan la sucesión en la empresa. Cabe citar entre otras vías³⁴², las siguientes:

- La posible aplicación analógica del art. 821 CC a las empresas individuales. El legado de empresa.
- La vía del art. 829 CC. La mejora en cosa determinada, como modo de mantener la indivisibilidad de empresas individuales.

³⁴⁰ Vid. AA. VV.: *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral* (Eds. MONREAL, J., SÁNCHEZ, G., MEROÑO, A., SABATER, R.) Ed. Civitas. Madrid 2009, *op. cit.*, p. 308.

³⁴¹ BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 36, “en Derecho común la mejora permite la elección de personas dentro de círculo mayor, ya que el elegido no tiene por qué ser legitimario”. Gracias a la mejora, se reconoce libertad en la configuración de la legítima. También, PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, *op. cit.*, p. 204, quien opina que la mejora del art. 829 CC es un instrumento eficaz para la transmisión de la empresa del padre al sucesor, prueba de ello es que ha servido durante años para mantener indivisa la empresa agrícola en territorios sometidos al derecho común.

³⁴² Así, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La legítima y la sucesión “mortis causa” en la empresa familiar en el código civil español”. *Actas Congreso Internacional Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), p. 511, en su opinión, la utilidad de las dos primaras vías resulta muy limitada, siendo realmente aplicables ante transmisiones de cosas indivisibles, lo que en la práctica limita su uso a las empresas individuales, pues la transmisión de un paquete de acciones o de participaciones no es indivisible.

- La vía de los arts. 841 y ss del CC, en cuanto al pago en metálico a los demás legitimarios.
- La vía del art. 1056.2 CC como modo de conservar la indivisibilidad de una empresa individual o el control de una sociedad o grupo de sociedades.

Por su parte, FERNÁNDEZ GIMENO³⁴³ refiere como mecanismos testamentarios a través de los cuales se puede garantizar la continuidad y conservación de la empresa los siguientes:

1. Establecer la fiducia sucesoria designando al heredero fiduciario con las facultades necesarias para la conservación y administración de la empresa (art. 831 CC).
2. Mediante el testamento particional en el cual se prevé la partición de la herencia, adjudicando la empresa a uno o varios herederos elegidos, designando la forma de tomar acuerdos y ejercer el control sobre la empresa y compensando a los demás no beneficiados con metálico o con otros bienes hereditarios (art. 1056.2 CC).
3. Ordenar en el testamento la constitución de una forma societaria incluso previendo los estatutos que debe tener esta sociedad en los cuales se planificará los sistemas de control que permitan garantizar el mismo por los familiares designados.
4. Prohibición testamentaria de pedir la partición para evitar que esta división disgregue la empresa y señalando las fórmulas de funcionamiento en dicha división (art. 1051 CC).
5. Transmitir la empresa a través de un legado en favor del heredero elegido e instituyendo herederos a los demás sobre otros bienes no empresariales.
6. Utilizar la mejora en cosa determinada para ordenar la continuidad de la empresa (art. 826 CC).
7. Nombrando un factor o gerente en el testamento con las facultades que le concede el Código de Comercio.

³⁴³ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar* (Dir. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 229.

Respecto al legado de cosa específica, permite al empresario distribuir el patrimonio empresarial mediante adjudicaciones concretas, en nuestro caso, al sucesor. Para que sea efectivo se necesitará que la herencia sea suficiente para cubrir al menos la legítima estricta del resto de herederos forzosos y si el exceso puede pagarse con metálico no habrá problema, este surgirá cuando no sea posible pagarlo de este modo.

En cualquier caso, se recomienda que en testamento el legado se impute por este orden: a los tercios de libre disposición, mejora y legítima³⁴⁴.

Por otra parte, a la sucesión hereditaria en la empresa familiar se puede aplicar la norma del art. 821 CC por analogía, cuando el legado se refiera a una explotación familiar y de esta forma conferir al testador una mayor libertad para planificar su sucesión³⁴⁵.

En cuanto a la mejora prevista en el artículo 829 CC, puede ser la forma de atribución de la empresa familiar cuando existen en el caudal hereditario bienes distintos a la empresa de semejante valor. Así, al ser mejora en cosa determinada, el empresario testador puede mejorar en la empresa, cosa concreta y determinada, al hijo o descendiente que haya elegido por considerarle más apto para continuar con la empresa. Si existiese un exceso de valor de la empresa, objeto de mejora, hay que proceder a su reducción, que habrá que hacerse en metálico, tal como dispone el precepto referido (abono de la diferencia)³⁴⁶.

³⁴⁴ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. 4ªed. Madrid, 2013, p. 94, cuando la voluntad del empresario sea excluir de la empresa a ciertos legitimarios por no considerarles actos y aptos para participar en la empresa familiar, el legado configurado como dispone el art. 768 CC puede resultar una posibilidad. ALVAREZ LATA, N., *op.cit.*, p. 52.

³⁴⁵ Vid. DÍEZ SOTO, C. M.: “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: Problemas y soluciones”, en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, p. 150, este precepto permite mantener la eficacia de un legado que recaiga sobre una finca “que no admita cómoda división”, aun cuando dicho legado sea inoficioso por perjudicar a las legítimas, siempre que la reducción procedente no alcance a la mitad del valor de la finca, si bien en tal caso el legatario habrá de abonar a los legitimarios la parte correspondiente en dinero.

³⁴⁶ Al ser el objeto de la mejora mantener indivisa la empresa, si solo abarca al tercio de mejora puede ser insuficiente para lograr esta finalidad. A efectos de obtener seguridad hereditaria, propone NANCLARES VALLE, J.: “La validez y eficacia de las promesas de mejorar y no mejorar”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I (Coord. MONJE BALMAEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 952, combinar la promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales del art. 826 CC con lo dispuesto en el art. 829 CC, la imposición del abono en metálico de la legítima estricta de los demás interesados. En último término sería admitir la eficacia del pacto sucesorio más allá del tercio de mejora. Respecto a la empresa como posible objeto de mejora en cosa determinada prevista en el art. 829 CC, TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, *op. cit.* p. 809, “parece que en el concepto de “cosa” a que alude el art. 829 CC deben comprenderse las universalidades o cosas complejas, como una explotación económica, que normalmente serán indivisibles o desmerecerían mucho con su división”.

El testador tiene la facultad de decidir cómo se paga la legítima, si bien, los supuestos en los que se admite el pago en metálico responden a criterios de excepción: mejoras e indivisibilidad³⁴⁷.

De todos modos, el empresario cuando afronta la decisión de elegir al sucesor también implica compensar económicamente al resto de los miembros de su familia, y aún con las dificultades que pueda conllevar, el pago de la legítima en metálico favorece a la empresa y aumenta el margen de libertad de testar del causante.

Las reformas introducidas paulatinamente en el Código Civil en esta materia, han ido mejorando aspectos que, en la práctica, son de gran utilidad en la vida de las empresas familiares. Principalmente:

1. En cuanto a la legítima y conservación de la empresa (artículo modificado: 1056, párrafo 2 del Código Civil.) se flexibiliza la posibilidad de mantener indivisa (o en mano de sólo algunos herederos) la propiedad de empresa, para facilitar así su futura gestión, aunque se vulnere la legítima de los demás herederos.

El fundador tenía la facultad, y que sigue teniendo después de esta ley, de hacer por acto *inter vivos* o por última voluntad la partición de sus bienes, de forma tal que si quiere mantener indivisa la empresa podrá adjudicarla solo a alguno o algunos de sus herederos aunque esta adjudicación vulnere la legítima de los demás, siempre que satisfagan a éstos su legítima en metálico.

Pues bien, la reforma mantiene esta posibilidad y señala expresamente que no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para hacer ese pago. Además, el testador o el contador-partidor podrán establecer un

Respecto a los supuestos de pago en metálico de la legítima y en concreto en lo que respecta al art. 829 CC, *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I.: *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Ed. La Ley. Madrid, 2013, p. 920, “estamos en presencia de un “modo bidimensional”, que reúne a nuestro juicio, la singularidad de bifurcarse en una institución (empresa familiar), en el caso del art. 1056. 2º CC, o un legado, en los casos de los arts. 821 y 829, con el modo o carga de abonar en dinero la legítima a los demás interesados”.

³⁴⁷ *Vid.* BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 460. También, VATTIER FUENZALIDA, C.: “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudios de los artículos 841 y 844 del Código Civil”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. AA.VV (Coords. BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, P. *et al.*) Ed. Universidad de Salamanca, 1984, p. 751, quien afirma que el pago en metálico de la legítima de los descendientes es un supuesto de índole especial. Por su parte, MENÉNDEZ MATO, J. C.: *El legado de la legítima estricta en el Derecho común español*. Ed. Dykinson. Madrid, 2012, p. 39, señala que los supuestos en los que es posible el pago de las legítimas en metálico como el art. 1056, párrafo segundo CC son de carácter excepcional y en todos los casos en los que es posible obedece a razones muy concretas y justificadas.

aplazamiento para ese pago, siempre que no supere los cinco años, lo que evitará la descapitalización de la empresa. Para conseguir este resultado, es necesario que el empresario lo prevea en testamento, ya que si el testamento no existe (o existiendo, no lo prevé) esta fórmula no será aplicable.

2. Por lo que se refiere a pactos sucesorios de carácter particional (artículo modificado: 1271, párrafo 2 del Código Civil). Se establece la posibilidad de que el testador diseñe, tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*, la fórmula que le parezca más adecuada de sucesión en la propiedad de la empresa, ya que los pactos sucesorios de carácter particional que realice con esta finalidad no se considerarán incluidos dentro de los denominados “pactos sobre la herencia futura,” que la legislación civil común prohíbe y que, en cambio, se admiten en los regímenes forales.
3. Respecto a la adjudicación preferencial legal (artículo modificado: 1406,2º del Código Civil), es una figura importante en el campo de la empresa familiar, si tenemos en cuenta que su objetivo es facilitar, para el caso de disolución de la sociedad de gananciales, ya sea por fallecimiento o divorcio, la continuidad de la propiedad de la empresa en manos del cónyuge que la gestione. En este punto la reforma es puramente técnica: se moderniza su terminología para adaptarla a la actualidad, manteniéndose la figura³⁴⁸.

3.1. Adjudicación de la empresa vía la partición que realiza el testador. Art. 1056 CC

Si el sucesor de la empresa concurre con otros legitimarios, el testador debe adoptar las previsiones necesarias para la partición. Para ello, podrá hacer uso de las facultades que se recogen en los artículos 841 y 1056 CC.

En el caso de que el único patrimonio existente en la herencia sea la empresa familiar, y concurran varios hijos, el adjudicatario de la misma tendrá que pagar en dinero extrahereditario al resto de herederos la totalidad de su cuota hereditaria, sin embargo, el pago en metálico puede ser aplazado, lo que supone una ventaja para el heredero, al no tener que hacer el pago inmediato que podría poner en riesgo la propia

³⁴⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, op. cit., p. 66-67.

empresa y así podrá financiar el metálico de las legítimas con los rendimientos que obtenga la misma explotación³⁴⁹..

A la partición realizada por el propio testador, se refiere el art. 1056 CC, que mientras en su párrafo primero mantienen su redacción originaria, en el segundo objeto de modificación por la LSLNE, se introducen reglas que posibilitan la sucesión generacional de la empresa, principalmente mediante el pago en metálico de la legítima, que facilita la conservación indivisa de la actividad. Así, el art. 1056 CC dispone:

Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Como hemos referido, se trata de supuestos de particiones efectuadas por el propio testador o por el contador-partidor expresamente facultado por aquel, cuya

³⁴⁹ Al respecto, HUERTA TROLEZ, A., *op. cit.*, p. 78, considera este autor que es necesario que el testador establezca en la partición la posibilidad del pago de legítimas con dinero extrahereditario porque si no se hubiera así establecido cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. Solamente el testador puede excepcionar la regla general de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia. Al igual que el aplazamiento en metálico que debe haberse previsto por el testador.

finalidad es mantener unida una explotación económica o el control de una sociedad y supone una excepción al pago de la legítima en metálico³⁵⁰.

Nos encontramos ante un acto *mortis causa* por no tener virtualidad traslativa alguna en vida del testador y es una vez producida la muerte del testador cuando la partición es vinculante, siempre que se hayan salvado los derechos legitimarios³⁵¹, entendiendo que la división por acto inter vivos del patrimonio es un acto *mortis causa*, unilateral y de última voluntad, cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión y de naturaleza esencialmente revocable³⁵², lo que hace que podamos caracterizarlo de acto de previsión sucesoria que se anticipa a lo que puede suceder después de la muerte³⁵³.

Por el art. 1056. 2 CC se deja a iniciativa del testador el destino de la explotación, que puede atribuirla integra a uno de sus herederos forzosos. El motivo de este precepto es además del interés de la familia, el deseo de conservación de la empresa, interés que se puede reconducir a la voluntad del testador de que la empresa permanezca en la familia evitando su disgregación. Así, cuando el empresario adjudique

³⁵⁰ Señala GÓMEZ GÁLICO, J.: “Intervención de los legitimarios en la partición en derecho civil común”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-USTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson. Madrid 2013, p. 689, que en estos casos el art. 80.2 del Reglamento Hipotecario determina que *La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código civil, y se llevarán a cabo: a) Si se trata de adjudicación practicada por el testador, en virtud del testamento de éste si la contuviere, y, en otro caso, se acompañará, además, la escritura pública en que se contenga. b) Si se trata de adjudicación practicada por contador-partidor, en virtud del testamento del causante, de la escritura pública otorgada por aquél en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad. En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial. El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite.* Estos preceptos han ido desnaturalizando la configuración de la legítima como *pars bonorum* y la han ido acercando cada vez más a la figura de la *pars valoris bonorum*.

³⁵¹ Así lo expresa RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 903.

³⁵² De esta manera lo concreta GARCÍA HERRERA, V.: “La sucesión en la empresa familiar” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 726, 2011, p. 1948-1949, señala que el art. 1056 párrafo 2º CC presenta una disyuntiva de motivos. Por “interés de la familia” debe entenderse todo aquello que evite un perjuicio de la misma, por ejemplo, la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales a uno de los hijos, con conmutación en metálico de su legítima a los demás interesados, puede generar envidia en los otros y conflictos familiares, lo cual iría en contra del interés familiar.” Se trata de circunstancias apreciables por el testador y en consecuencia, subjetivas. En cuanto a “conservación de la empresa” debe entenderse todo aquello que garantice, en términos económicos, el correcto funcionamiento de la explotación económica o de la sociedad de capital.

³⁵³ Lo refiere ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, *op. cit.*, p. 587 y añade que la sucesión anticipada es frecuente en las empresas de tipo familiar, en particular cuando son unipersonales.

la titularidad de la empresa a uno solo de sus hijos, este será destinatario del tercio de libre disposición y del de mejora. En virtud del precepto referido, se le facultará para el pago en metálico de la legítima estricta al resto de herederos forzosos y, si bien, pudiésemos deducir que es este el modo en que ha querido realizarlo cuando no disponga nada al respecto, lo conveniente será especificarlo³⁵⁴.

Son presupuestos necesarios de esta facultad, la existencia de un testamento válido y la elección del favorecido que vaya a recibir la empresa. Puede ocurrir que no resulte tan útil al empresario cuando planifique su sucesión por testamento en épocas tempranas, motivo por el que nombrar un contador partidor puede ser conveniente en este caso.

De esta manera, el testador puede elegir al sucesor más idóneo para continuar con la empresa y que los no adjudicatarios reciban su haber en metálico. Al ser la legítima no solo una limitación a la facultad de disposición sino también de la partición, la finalidad que subyace es la conservación de la empresa³⁵⁵.

Este precepto no afecta al *quantum* de la legítima, simplemente, lo que se modifica es el medio de pago de la misma. En relación a esto y sobre la discusión doctrinal acerca de la configuración de la legítima, nos parece justificado que “si bien se puede seguir afirmando que en el régimen del Código Civil la legítima se configura como *pars bonorum*, desde el punto de vista del pago se transforma en una *pars valoris bonorum* y ello no solo en los casos en los que por existir determinados presupuestos objetivos éste se contempla-dinero extrahereditario-, sino en los que es suficiente que por una simple manifestación de voluntad formal del testador los legitimarios no adjudicatarios de los bienes deban conformarse con el metálico extrahereditario. Si bien hasta que este no sea efectivo se puede actualizar la reserva de *pars bonorum* que permanece latente hasta que el legitimario reciba su valor. A esto responde tanto el art. 1056.II CC como el párrafo 2º del art. 839 CC”³⁵⁶. Y es que si la legítima hubiese que

³⁵⁴ Vid. TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (II)”, en *Tratado de legítimas*. AA.VV. (Coord. TORRES GARCÍA, T. F.) Ed. Atelier. Barcelona, 2012, p. 133.

³⁵⁵ Al respecto, VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Ed. Reus. Madrid, 2012, p. 36, considera que el permitir que el testador por mera voluntad o el contador expresamente autorizado por el pueda atribuir todos los bienes de la herencia a uno solo de los hijos disponiendo que satisfaga en metálico su legítima a los demás es generalizar en exceso el campo de aplicación de la norma.

³⁵⁶ TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, *op. cit.*, p. 202, en relación a esto, VALMAÑA CABANES, A.: *El régimen jurídico del protocolo familiar*. Ed. Comares. Granada, 2014, p. 144, señala que con el art. 1056 CC, la legítima no es a día de hoy un problema jurídico trascendente de cara a la transmisión de la empresa familiar, si bien puede llegar a ser

ser satisfecha exclusivamente con bienes relictos, entendida como *pars bonorum*, podría conllevar a la desintegración de la empresa.

Los únicos requisitos que exige el precepto referido para que pueda llevarse a cabo el pago en metálico la legítima, son la existencia de una empresa y que sea titularidad del testador³⁵⁷.

Con la partición realizada por el testador, y la posibilidad de circunscribirla solo a alguno o algunos de sus bienes y derechos, sin comprender la totalidad de su patrimonio, se evita el nacimiento de la comunidad hereditaria, lo que no ocurre en el

un problema económico, por cuanto su atribución a un único heredero puede forzar a este a un importante desembolso frente a los legitimarios que queden apartados.

³⁵⁷ SERRANO CHAMORRO, M. E.: “Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº747, Enero-Febrero 2015, p. 115, en su opinión, el único requisito del art. 1056.2 para el testador es que sea titular de una cantidad de acciones suficiente para conferir el control de la empresa. Se refiere a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Considera que el testador cuyo único patrimonio está constituido por el 100 por 100 de una sociedad limitada, la cual a su vez no desarrolla ninguna otra actividad que la de ser titular del domicilio familiar y tal vez de la residencia de vacaciones y de un automóvil, pueda atribuir vía artículo 1056.2 CC, la totalidad de tales participaciones con la obligación de pagar en metálico su legítima a los demás hijos, con aplazamiento de cinco años y sin la garantía de la confirmación de la partición por todos los hijos o, en su defecto, por el juez. No compartimos la misma opinión porque si bien, pueda no ser la redacción más adecuada del precepto, y una interpretación literal nos pueda llevar a lo expuesto, no ha sido esta la voluntad del legislador, más cuando la finalidad que se persigue con el aplazamiento de pago, entendemos que es evitar recurrir a la financiación externa y hacerlo efectivo con los beneficios que vaya generando la propia empresa. Pero además si se mantiene la opinión expuesta no tiene mucha razón de ser porque tendrá que recurrir a financiación para poder hacer frente al pago.

Puntualiza RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 221 y 222, que la partición que realiza el testador debe recaer sobre sus bienes privativos, pues en las empresas de carácter ganancial como no hay cuotas concretas, no se puede justificar el interés de la familia, por lo que la transmisión ordenada en este régimen económico requiere una exquisita redacción del testamento. También, MARTÍNEZ ESPÍN, P: “Comentarios a los artículos 1051 a 1067 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*. AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.) Ed. Aranzadi, 3ªed. Navarra, 2009, p. 1236, señala que si no lo hace así la disposición del testador tendrá solo la eficacia de una “norma para la partición” la cual deberá ser ejecutada por el contador partidor nombrado por el testador, quien efectivamente, deberá hacer la partición. Ello puede tener gran relevancia en los casos de transmisión de sociedades. En este sentido, si el testador hace la partición en la forma más exacta y aproximada a una partición típica, los favorecidos adquieren directamente la propiedad de las acciones o participaciones sociales, de manera que pueden hacer uso de las facultades que les corresponden como propietarios. Si el testador no hace partición se podría considerar entre otras cosas, que los interesados estarían en situación de comunidad hereditaria y, por tanto, solo actuando conjuntamente podrían ejercitar algunas de aquellas facultades. Esta situación puede ser difícil una vez fallecido el empresario y con enfrentamientos entre grupos familiares, provocando en la práctica la paralización de la empresa. El testamento, por tanto, puede ser una válvula de escape determinante para evitar conflictos, siendo recomendable que se nombre a un albacea con plenas facultades.

Además, aclara GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, p. 1938, que tanto doctrina como jurisprudencia han negado la posibilidad de adjudicar bienes de carácter ganancial en base a la partición hecha por el propio testador ex artículo 1056 CC porque mientras no se proceda a la liquidación no es posible concretar que bienes pertenecen a cada uno de los cónyuges.

caso del art. 841 CC, motivo este, por el que no es medio adecuado para transmitir de manera unitaria la empresa al sucesor.

Dicho lo cual, en el caso del art. 1056.2 CC, no ha llegado a haber comunidad entre el asignatario y los legitimarios, compensable en dinero, pues aquella quedo excluida previamente por el testador³⁵⁸.

El legislador pareció consciente de la realidad existente de la empresa y la necesidad de adaptar la normativa del Código Civil para facilitar su continuidad, así en la exposición de motivos de la LSLNE se expresa que *se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del empresario, la sucesión más adecuada de la empresa en cualquiera de sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.* En la misma se justifica la modificación de los artículos 1056.2, 1271 y 1406.2 CC para cumplir con la finalidad de la sucesión en la empresa.

Precisamente la modificación del art. 1056 párrafo 2º, se basa en la búsqueda de una sucesión más adecuada con respecto a la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, paquete mayoritario en varias empresas, o paquetes de control, se realiza en orden a evitar que las empresas familiares desaparezcan en una segunda o tercera generación. En atención a la consecución de este objetivo, el titular puede diseñar la sucesión familiar de su empresa, que no desea que aparezca fragmentada en la siguiente generación³⁵⁹.

El art. 1056 párrafo 2º CC tras la reforma, amplía el supuesto de indivisión ordenada por el testador no solo a una explotación económica sino también para el control de una sociedad de capital o grupo de estas. El testador en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia puede ordenar la indivisión y que la legítima de los demás legitimarios sea pagada con metálico “extrahereditario”,

³⁵⁸ Añade VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 265, que si nada hay en común, nada hay que partir. La partición hecha por el testador es en el fondo un acto dispositivo de éste que excluye la verdadera partición en cuanto elimina la previa comunidad a disolver. En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La legítima y la sucesión “mortis causa”, *op. cit.*, p. 512, puntualiza que el art. 1056 CC se suele decir que consagra la “partición de la herencia” hecha por el testador pero realmente si abarca todos sus bienes, más que partir la herencia lo que hace es evitar la formación de la comunidad hereditaria. En cualquier caso, la partición hecha por el propio testador no tiene porque comprender todos los bienes de su patrimonio pero sobre los bienes por él partidos evita la comunidad hereditaria. MENÉNDEZ MATO, J. C., *op. cit.*, p. 90.

³⁵⁹ MARTÍN BRICEÑO, M. R.: *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil*. Ed. Dykinson. Sevilla, 2008, p. 247.

siempre que en la herencia no haya dinero suficiente para su pago y establecer aplazamiento, que no podrá superar 5 años a contar desde el fallecimiento del testador.

No obstante, si la empresa adopta forma social para la efectividad del precepto, va a ser imprescindible que no existan restricciones *mortis causa* a la transmisión de las acciones, salvo que el adjudicatario fuera previamente socio³⁶⁰.

Del tenor del art. 1056.2º puede interpretarse la posibilidad de dejar la empresa a persona distinta de hijos-descendientes en aras de preservar la conservación de la empresa sin embargo, aquí sí pierde la esencia de naturaleza familiar, primando el interés empresarial pero como una empresa más, sin ser familiar³⁶¹.

También, se considera, una aplicación directa del art. 1056.II CC, la existencia en nuestro Derecho de un régimen sucesorio especial, con la misma finalidad de conservar en un único sucesor la continuidad y permanencia de la explotación agrícola y es que este precepto recoge los principios de unidad, continuidad y conservación³⁶².

³⁶⁰ BATALLA DE ANTONIO, A., *op. cit.*, p. 149, el precepto permite también aplicar al pago causas de extinción de las obligaciones, como compensaciones de deudas que existiesen entre los herederos.

Al respecto, DÍEZ SOTO, C. M.: “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la empresa familiar” en *Revista de Empresa Familiar*. Vol.1, núm. 1, 2011, p. 28, quien señala que el art. 1056 CC antes de la modificación por la Ley 7/2003 era inadecuada a la realidad económica, dado que no tenía en cuenta la hipótesis de utilización de formas societarias para articular la organización y transmisión de la empresa familiar. Ahora la norma no solo contempla el deseo de mantener la indivisión de la explotación de titularidad individual sino también el de mantener el control sobre una sociedad de capital o sobre un grupo de estas. En este sentido, CUESTA LÓPEZ, J. V.: *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar*. Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación. Valencia, 2001, p. 112, “es conveniente permitir la libre transmisibilidad de las acciones cuando el adquirente es descendiente en línea recta del socio enajenante. No excepcionar la operatividad de las cláusulas restrictivas para este tipo de transmisiones puede contribuir a acrecentar otro de los problemas típicos de la empresa familiar: el retraso innecesario de la sucesión”.

³⁶¹ En este sentido, PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del código civil,” en *Protección del patrimonio familiar* (coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J. Y GARCÍA PÉREZ, R.) Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, p. 315, señala que aunque la doctrina ha entendido que la redacción del artículo 1056 Código Civil parece permitir que la empresa o el conjunto de participaciones o acciones de la sociedad de capital puedan adjudicarse a cualquier persona, incluso un extraño (que no sea legitimario) al referirse a los “demás interesados” y no a los “demás legitimarios”, sin embargo difiere de este criterio interpretativo porque el actual precepto no permite que el testador nombre adjudicatario a cualquier persona sino solo a cualquier legitimario. Otro criterio iría en contra de la lógica por la propia naturaleza de la empresa familiar y la finalidad de la misma, cual es la conservación de la propiedad de la empresa en manos de la familia. Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 235, considera que si la empresa reviste forma social y los miembros de la familiar pierden el poder de mando, sobre ella, seguirá revistiendo la misma forma pero fuera del ámbito familiar. Por ello, opina que el art. 1056.2 CC no tiende tanto a conservar la unidad de explotación como a conservarla dentro de la familia.

³⁶² TORRES GARCÍA, T. F.: “Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* Tomo II (Coord. GÓMEZ GÁLLIGO, J.) Ed. Civitas, Navarra 2008, p. 1656, si bien, este sistema así instaurado a diferencia del supuesto que estamos estudiando de carácter totalmente voluntario se presenta con perfiles

Por lo que respecta a los ordenamientos de nuestro entorno, destacamos el Derecho alemán, en el que la legítima se puede pagar en dinero siempre y se permite además el aplazamiento de su pago si el bien que recibe el heredero que debe pagar la legítima en dinero es la vivienda familiar o una empresa. Se evita de este modo que quien recibe la empresa, se vea obligado a venderla para satisfacer la legítima, lo que implicaría su descapitalización por no existir dinero en la herencia. De esta manera, se favorece al sucesor al que se le adjudica la empresa. El BGB faculta expresamente a cualquier heredero a pedir un aplazamiento en el pago de la legítima cuando el pago inmediato obligue al heredero a abandonar la vivienda familiar, o a enajenar un bien empresarial que constituye su base económica y la de su familia³⁶³.

Y en los derechos forales, el Derecho catalán ofrece la posibilidad de la conmutación de pago en metálico de la legítima de los herederos forzosos para todos los supuestos (art. 451-11 CCCat), y no se requiere que tenga por finalidad preservar la continuidad de la empresa familiar.

En Derecho común si el testador no establece la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. Por tanto, la facultad de aplazamiento de pago en metálico de las legítimas tiene que ser atribuida por el testador o por el contador-partidor por el designado e imprescindible preverlo porque al no presumirse, en caso contrario, el heredero adjudicatario tendrá que abonar las legítimas en el momento que se determine su importe.

Respecto a si es pertinente el pago de intereses por el aplazamiento, el art. 1056 CC no contiene previsión al respecto y en todo caso para que pudieran estimarse debería

eminentemente forzosos. Al respecto, VATTIER FUENZALIDA, C.: “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudios de los artículos 841 y 844 del Código Civil,” *op. cit.*, p. 743, quien opina que el pago de la legítima en metálico, establecido por la reforma de 1981, obedece a una finalidad específica, la de conservar indivisos los bienes del *de cuius*, sobre todo, cuando constituyan una explotación, principalmente, de índole mercantil. Al ser una excepción al principio de igualdad considera que las normas del art. 841 y ss deben ser objeto de una interpretación restrictiva en todo lo que exceda de la finalidad específica de asegurar la indivisión *post mortem* de los bienes hereditarios. En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del código civil español” en *Revista de Derecho Privado*. Vol. 63 nº4 (abril) 1979, p. 317, quien reconoce el mérito que supuso en su época esta norma de atribución de la explotación indivisa a uno solo de los hijos y pago en metálico de su legítima a los restantes hijos.

³⁶³ ARROYO I AMAYUELAS: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *op. cit.*, p. 9.

ser previsto expresamente por el testador o contador partidor. Entendemos que el precepto no lo contempla por la finalidad que tiene de favorecer a la conservación de la empresa, por lo que el régimen más favorable está justificado, todo ello en relación con los arts. 841 y 847 CC³⁶⁴.

Aunque el empresario haya realizado la partición en su propio testamento puede resultar conveniente designar a un albacea para que vele por el cumplimiento de la voluntad del testador e incluso un contador-partidor, por si hay variación de la composición concreta del patrimonio desde el momento en que se realizó la partición y la apertura de la sucesión. En cualquier caso, siempre le corresponderá la función de valorar los bienes y calcular las legítimas³⁶⁵.

Un aspecto importante en este ámbito es el momento en que se hará la valoración de la empresa, lo más lógico parece que se realice al momento de la muerte del testador³⁶⁶.

Por lo expuesto, si la transmisión de la propiedad de la empresa familiar se realiza “mortis causa,” el art. 1056.2 CC brinda la fórmula más adecuada para hacerlo, porque este precepto tiene como finalidad la “conservación de la empresa, preservar indivisa una explotación económica”. Por otra parte, una muerte intestada o abintestato crea siempre problemas, confusiones, tensiones entre los sucesores y conlleva un

³⁶⁴ Vid. SERRANO CHAMORRO M. E., *op. cit.* p. 125, en su opinión si se paga en dinero y ya que se aplican las normas sobre extinción de las obligaciones, se pueden reclamar el pago de intereses. El adjudicatario en principio se beneficia de la herencia, el bien máspreciado queda en su poder, los demás reciben su parte en bienes hereditarios o extrahereditarios, no eligen pero dado que los preceptos generales se remiten al momento del fallecimiento de la valoración de los bienes, resulta contrario a la buena fe y al equilibrio de las contraprestaciones que se pueda pagar en dinero y además se demore en el pago sin tener que pagar intereses.

³⁶⁵ Vid. HUERTA TROLEZ, A., *op. cit.*, p. 57.

³⁶⁶ Si existe un lapso de tiempo entre el fallecimiento y la liquidación de la porción que corresponde abonar al legitimario, la mayoría de la doctrina entiende que el valor así obtenido debe reajustarse con los cambios de valor producidos hasta este último momento, por lo que sería el valor del patrimonio en el momento de la liquidación. El empresario en el testamento puede incluir criterios de valoración o reglas específicas aplicables al caso. Vid. SERRANO CHAMORRO, M. E.: *op. cit.*, p. 124.

A este respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, p. 419, “para valorar las unidades económicas, complejas u orgánicas, como es el caso de una empresa mercantil, industrial o agraria, deben valorarse como constitutivas de un objeto único, prescindiendo de si la suma del valor de los objetos singulares que la componen arroja un valor superior al de la unidad compleja u orgánica en régimen de empresas, pues no puede ni debe forzarse el aniquilamiento de una unidad de producción. Además, al valorar las empresas deben, promediarse, dentro de cierto margen, las vicisitudes que atraviesan en un ciclo normal, y no debe olvidarse la influencia que en la marcha de la empresa puedan tener las condiciones personales del empresario, que no deben computarse, sino descontarse al hacer la estimación”.

reparto de la herencia al margen de la real conveniencia de la empresa familiar³⁶⁷. Estamos de acuerdo en que siendo viable para el sucesor pagar a los legitimarios su legítima en dinero, es el mecanismo que permite mantener la unidad e indivisibilidad de la empresa dejada por el testador.

Obsérvese que el art. 1056. 2 CC tiene como finalidad tanto mantener indivisa una explotación como conservarla dentro de la familia, sin embargo, el art. 841 CC, como trataremos en el epígrafe siguiente, pretende que continúe en poder de una rama o estirpe de legitimarios³⁶⁸.

Al respecto del art. 1056 CC, opina MARTINEZ MARTÍNEZ³⁶⁹ que no puede ser bien entendido sin su precedente, el 831 CC, motivo por el que dedicamos el epígrafe 3.3 de este capítulo a la fiducia, y es que entendemos que la empresa familiar esta conceptuada fundamentalmente en nuestro Código Civil por tres artículos: 829, 831 y 1056, siendo el 1056 la solidificación técnica de la regulación de la denominada empresa familiar.

3.2. Adjudicación de la empresa por la vía del art. 841 CC

El art. 841 CC permite adjudicar todos los bienes de la herencia a uno o varios hijos o descendientes, de suerte que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás.

El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.

³⁶⁷ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: “La legítima y la sucesión “mortis causa” en la empresa familiar en el código civil español”, *op. cit.*, p. 500.

³⁶⁸ VATTIER FUENZALIDA, C.: “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudios de los artículos 841 y 844 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 751.

³⁶⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I., *op. cit.*, p. 927.

Por esta facultad se puede atribuir la empresa a título de herencia o de legado, siempre que se haga en testamento³⁷⁰. Sin embargo, la adjudicación por este medio, no resulta factible en los casos que la empresa sea el mayor activo de la herencia, supuesto habitual, o en aquellos en que no exista suficiente caudal para pagar las legítimas del resto de hijos o descendientes. Por este motivo, la configuración de nuestro sistema, puede suponer un impedimento para la continuidad de la empresa familiar y en algunos casos, retrasar la propia sucesión.

De acuerdo con el art. 844 CC comunicada a los perceptores la decisión de pagar en metálico “el pago deberá realizarse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario”. La mayoría de la doctrina entiende que el plazo legal empieza a contarse desde la comunicación de la decisión del pago en metálico y si fueran varios los adjudicatarios desde que se efectuó la última comunicación. En nuestra opinión, interesará pactar un plazo más amplio para no tener que endeudar a la empresa.

Lo preceptuado en el art. 841 CC es una facultad para el legitimario favorecido, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1056 CC, que si bien permite un aplazamiento, es una imposición, se trata de una partición por la que se pasará al abrir la sucesión. Otra diferencia que presenta es que requiere la aprobación de todos los hijos descendientes y en su defecto aprobación judicial y el pago como máximo en dos años.

Por otra parte, como ya se ha señalado, la facultad concedida en el art. 841 CC no evita el nacimiento de la comunidad hereditaria, como si ocurre con el art. 1056. 2 CC. Por este motivo, los preceptos señalados no parecen la vía adecuada para transmitir de forma unitaria una explotación económica³⁷¹.

³⁷⁰ Respecto del segundo párrafo del precepto, *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *op. cit.*, p. 288, “si bien es elogiable la ampliación de la posibilidad de pagar la legítima en metálico, no puede decirse lo mismo de la forma en que la materia ha sido regulada. Bastaba haber sancionado el principio general (el testador puede conferir a determinados hijos o descendientes la facultad de pagar en metálico la porción hereditaria de los demás) sin extender esa facultad al contador testamentario ni al dativo. En cuanto a los plazos lo procedente hubiera sido que los plazos empezaran a correr desde la liquidación de la herencia”.

³⁷¹ En la línea marcada por DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La transmisión unitaria del patrimonio familiar en el código civil español y el problema de las legítimas”. Actas Congreso Internacional Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa) p. 401. También, TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, *op. cit.*, p. 825, “al tener los legitimarios, a quienes se les atribuye los bienes de la herencia, la facultad de pagar en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, la comunidad durará hasta que se haga uso de la facultad concedida y en caso contrario, se procederá a dividir la herencia según las reglas generales sobre la partición”.

Aun con las previsiones que recoge el Código Civil no siempre es viable mantener indivisa la empresa por la carga que recae en el adjudicatario de pagar con dinero la legítima de los demás herederos³⁷².

3.3. Fiducia sucesoria

3.3.1. La excepcionalidad de la figura

En el Derecho común la regla general del art. 670 CC señala que al ser el testamento un acto personalísimo no puede dejarse ni su formación ni la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder al arbitrio de un tercero y tan solo caben las excepciones de los arts. 671 y 831 CC.

Tampoco la facultad de mejorar puede delegarse en otra persona conforme a lo dispuesto en el art. 830 CC, sin embargo, en el art. 831 CC, que ha sido objeto de una profunda modificación³⁷³, se establecen excepciones a la regla general, en cuanto permite (i) al cónyuge sobreviviente; y (ii) al coprogenitor (art. 832.6 CC) -incluso sin vínculo ni convivencia con el testador-. Se trata de una figura tomada de la fiducia sucesoria, en concreto de la fiducia colectiva aragonesa, del distribuidor del Derecho balear, de la facultad de distribuir y designar del cónyuge supérstite del Derecho catalán, de la fiducia sucesoria y fiduciarios-comisarios navarros, y del comisario vizcaíno. Y no solo es una excepción al art. 830 CC, también al art. 670 CC. Veamos

³⁷² En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.* p. 411, propone una reforma de nuestro sistema que aumente cuantitativamente la libertad de testar del causante: bastaría con reducir la cuantía a la que tienen derecho los legitimarios y, de manera particular, la de los descendientes, que podría consistir en un tercio o, mejor aún, un cuarto del haber hereditario.

³⁷³ La fiducia es una figura histórica, pues el art. 831 CC existía ya en la redacción originaria del Código Civil, sin embargo ha sido en la reforma de 2003 cuando se han ampliado las facultades al cónyuge. Así en la edición de 1989, la redacción del art. 831 era la siguiente: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado*. Posteriormente, el art. 4. 1. de la Ley 1171981, de 11 de mayo dio una nueva redacción a este artículo: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiera señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*.

pues, como ha quedado delegada la facultad de mejorar en términos ya más próximos a los Derechos forales³⁷⁴:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.[...]

El apartado sexto del precepto ordena la aplicación de todo lo anterior a que el fiduciario tenga descendencia común con el *de cuius*.

Conforme al artículo transcrito, se permite al testador la delegación fiduciaria en su cónyuge para que este pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras (facultad que también se extiende a los descendientes nacidos con posterioridad al fallecimiento del testador), incluso con cargo al tercio de libre disposición y puede llegar a hacer la partición. De esta forma, se amplía la facultad de mejorar a los hijos comunes, a la vez que se plantea como una solución cuando el empresario quiera dejar la empresa a sus nietos, en el supuesto de que considere que sus hijos no tienen capacidad para dirigir la empresa.

Por otra parte, en ocasiones, la persona que ha sido designada como sucesor para asumir la dirección de la empresa en el plazo de unos años, no es la más idónea para

³⁷⁴ Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, vol. II, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad. AA.VV. (Dir. CAÑIZARES LASO, A., et. al.). Ed. Civitas. Navarra, 2011, p. 931.

serlo en el momento de la muerte del causante, haciendo peligrar la conservación de la empresa. Por esta razón, y debido a la preocupación que existe por conseguir la continuidad *post mortem*, las facultades conferidas en el art. 831 CC pueden resultar de utilidad porque según las circunstancias, interesará retrasar a un momento posterior la designación de herederos o bien la atribución de los bienes y de este modo organizar la sucesión³⁷⁵.

Cuando la empresa es objeto de la herencia, el testador delegará las facultades conforme a lo que él considere más apropiado para la actividad empresarial, al requerir esta de una administración dinámica. En relación a ello, la delegación de la facultad de mejorar puede ser útil en determinados supuestos³⁷⁶ para reforzar la posición del cónyuge supérstite como continuador de la dirección familiar, así como para evitar la rigidez de la eficacia de las disposiciones testamentarias en atención a posibles circunstancias futuras –sobrevenidas– que hagan necesario o conveniente conservar las facultades de distribución desigualitaria del patrimonio familiar.

De este modo, se posibilita que la elección del sucesor sea conforme a sus meritos, capacidad, interés y compromiso con la propia empresa, al no tener que precipitar la decisión al momento de incapacidad o fallecimiento del titular y sirve para la conservación del patrimonio familiar y mantener la empresa dentro de la familia sin tener que dividirla³⁷⁷.

³⁷⁵ Al respecto, PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes”, *op. cit.*, p. 276 y 277, opina que la fiducia del art. 831 CC no es una figura específica para garantizar la conservación y continuidad de la empresa en la sucesión mortis causa ni de su adecuación a los problemas específicos que un bien como la empresa plantea. Si la considera sin embargo útil cuando hay varios sucesores y algunos de ellos o todos son menores y la empresa es ganancial. Por el contrario, no la considera un instrumento eficaz si solo hay un sucesor, aun menor, ya que de todas formas el sobreviviente sería el representante legal, administrador de la empresa y aquella no se vería en peligro por la división.

³⁷⁶ REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Relaciones familiares y otorgamiento de testamento”, *op. cit.*, p. 257. Así mismo, NANCLARES VALLE, J.: “Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 872, considera la fiducia como una herramienta útil para la ordenación sucesoria y para la preservación del patrimonio familiar. Hace referencia a la pervivencia a lo largo de la historia de estas figuras con la vinculación a la vigencia en Navarra de un determinado modelo de familia. Así, la STSJ de Navarra de 20 de junio de 2006: “La fiducia sucesoria, característica del modelo familiar troncal, amén de servir a la preservación de la integridad del patrimonio familiar, evitando su dispersión, con el nombramiento de un único heredero, trata de favorecer su mejor elección, de entre los llamados a la sucesión, posibilitando el aplazamiento de la designación al momento más adecuado. Con su establecimiento se trata de evitar, junto a designaciones apresuradas e inconvenientes, que por el fallecimiento de los padres sin nombrar heredero quiebre la unidad de la Casa, con la división de su patrimonio a través de la apertura de la sucesión legal”.

³⁷⁷ CUCURULL POBLET, T., *op. cit.*, p. 203, en su opinión, “la fiducia sucesoria no es en realidad una herramienta jurídica específica para garantizar la continuidad de las empresas. Sin embargo, contribuye a preservar la integridad del patrimonio familiar de tal forma que no se disperse entre los distintos

En casos de fallecimiento prematuro del titular de la empresa, nos podemos encontrar con situaciones de hijos menores de edad en las que se requiera tiempo para poder preparar al hijo que vaya a continuar con la empresa o en las que aún no se había concluido o incluso iniciado el proceso de planificación; o simplemente incertidumbre respecto al futuro inmediato de la empresa, y más aún cuando ambos cónyuges hubieran estado vinculados a la actividad de ésta³⁷⁸.

El art. 831 CC refuerza la posibilidad de designación de un continuador de la empresa, preocupación siempre constante en su fundador. En esta figura subyace la idea de no precipitar la partición de la herencia y aplazar su distribución a un momento posterior, por lo que no estamos ante una delegación de la facultad de disposición sino de distribución y siempre limitada por las legítimas estrictas y las disposiciones del testador.

Por todo ello, se configura como un instrumento idóneo para la protección del patrimonio familiar y empresarial, a la vez que favorece la continuidad y unidad de la empresa, evitando su disgregación al fallecimiento del empresario³⁷⁹. Resulta así, un medio de distribución, mejora y organización del patrimonio familiar y útil para organizar la sucesión familiar en los patrimonios empresariales y sobre todo para las necesidades de mantenimiento de la unidad de la empresa familiar.

descendientes del causante. El hecho de poder aplazar el momento de designación de la persona a la que, en este caso, se le atribuirá la empresa familiar, tiene por un lado la ventaja de que se evitan designaciones precipitadas, sobre todo en aquellos casos en los que el causante fallece prematuramente, sin embargo, por otro lado, este lapso de tiempo que transcurre de más para que se produzca el salto a la siguiente generación no ayuda a resolverla. Solo la delega, lo que puede poner en entredicho si la decisión del cónyuge es la que realmente hubiese querido el causante”. Compartimos en parte su opinión en el sentido de que no es una figura que pueda utilizarse como mecanismo de planificación de la sucesión y debe estar coordinada con el resto de disposiciones testamentarias, si bien cuando el testador hace uso de esta facultad, está cediendo a su cónyuge el poder de elección del sucesor, por lo que estará en sintonía con su voluntad, de otro modo no habría realizado tal delegación.

³⁷⁸ Obsérvese que constituye también una solución para evitar la paralización de la actividad empresarial en la etapa de la herencia yacente.

³⁷⁹ En esta línea, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Protección del patrimonio familiar y empresarial en el derecho sucesorio. La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil” en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº24, 2007, señala que la fiducia además de ser una figura que tiene por finalidad la protección patrimonial de las personas con discapacidad, de forma indirecta, con ella se posibilita la transmisión mortis causa de la empresa familiar, preservándola de forma íntegra. Se persigue con esta institución posibilitar la protección del discapacitado como posible beneficiario de la mejora, al dotar al cónyuge supérstite de más tiempo para apreciar las necesidades de aquel; y por otra, también se permite que la decisión de la transmisión íntegra de la empresa familiar este lo suficientemente meditada, al contar el cónyuge sobreviviente, igualmente, con más tiempo para apreciar precisamente las cualidades, aptitudes o experiencia profesional del que será adjudicatario de la misma.

Además, para ordenar la sucesión en la empresa, puede combinarse lo dispuesto en el art. 831 CC con el 1056 CC, de manera que el testador puede conceder al fiduciario la facultad de adjudicar la empresa familiar conforme al art. 1056.2 CC porque las facultades que ostenta por el art. 831 CC son de carácter superior³⁸⁰. En base a ello, el fiduciario realiza una autentica partición como si fuera realizada por el propio causante y no está sujeto a las reglas de igualdad de los arts. 1061 y 1062 CC.

En este sentido, “la diferencia esencial entre la clausula del art. 1056.2 CC y la delegación del 831 CC es que la cláusula del párrafo segundo del art. 1056 CC es a todas luces de carácter exclusivamente particional, mientras que en el caso del art. 831 CC nos encontramos ante una autentica fiducia sucesoria. Esto implica que la disposición particional precisará de una institución de heredero o un legado que no deje lugar a dudas respecto de quién o quiénes serán los beneficiarios de la adjudicación de la explotación familiar y de las proporciones en que deban ser tales adjudicatarios. En cambio, en el caso de la fiducia sucesoria, existe un heredero fiduciario-cónyuge o pareja de hecho-o al menos un delegado con todas las facultades de ejecutar la fiducia, y unos herederos fideicomisarios-hijos o descendientes comunes-, pero no es preciso determinar en qué proporciones deben ser adjudicatarios de los bienes de la herencia porque las distribución de estos se deja al arbitrio del fiduciario, quien podrá mejorar entre aquellos, sin más limitaciones que las que se deriven de las legítimas de los no mejorados y de los derechos de los hijos no comunes”³⁸¹. Así, el art. 831 relegó a un segundo plano la cláusula particional que se recoge en el art. 1056.2 CC porque indudablemente las facultades que concede la fiducia son muy superiores.

³⁸⁰ Al efecto, RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 203, si el causante específicamente autorizó en su testamento al cónyuge supérstite para que utilice la adjudicación del 1056. 2º CC, este podrá hacerlo. Pero su margen de maniobra es distinto y más restringido. Cuando el cónyuge supérstite-fiduciario, debidamente autorizado para que en su ejercicio de la facultad del art. 831 CC, use de la adjudicación del art. 1056.2º CC, no podrá atribuir la empresa fuera del círculo de destinatarios que son los hijos o descendientes comunes, pues es el ámbito personal al que está limitado por el art. 831 CC. En cambio, el propio testador que hace uso de la adjudicación del 1056.2º con la redacción literal del mismo, y habida cuenta la *ratio* del precepto, que es la conservación de la empresa familiar, podrá designar un adjudicatario más allá de los hijos o descendientes comunes con tal de que sean colaboradores en la empresa familiar. También, RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común”, en *Instituciones de Derecho Privado*. T. V. vol. 1º. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, p. 1361, “y sin necesidad de autorización del testador para ello por entender que está implícita en sus facultades, tratándose de adjudicaciones a favor de hijos o descendientes comunes”.

³⁸¹ RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común”, *op. cit.*, p. 1356-1360.

En cuanto a la evolución que ha seguido la fiducia sucesoria, hemos de reseñar que ha sido una figura con tradición en los derechos forales y en esta línea, el art. 831 CC es un precepto necesario, vital para que en las regiones de Derecho común, la casa, la hacienda, la empresa, el patrimonio familiar, en definitiva, no se desmembre o se destruya³⁸².

En nuestra opinión, si bien, fue la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar un avance, aun nos queda para llegar a las fiducias de los territorios forales, principalmente por los problemas que presenta de encajar esta figura en el rígido sistema de legítima material obligatoria y su intangibilidad en el Derecho común. En cualquier caso, con la redacción actual del precepto y en lo que concierne a la empresa familiar, resulta útil, al permitir aplazar la ordenación de buena parte de la sucesión cuando concurren determinadas circunstancias, que no debe entenderse como retraso de la misma sin más, puesto que no es esta la finalidad que debe perseguirse en el ámbito de la empresa sino que el cónyuge fiduciario se haga cargo de la empresa hasta que el sucesor pueda tomar el relevo y asumir su dirección³⁸³.

En el Derecho catalán la fiducia se extiende también a los parientes más próximos y admite la designación de heredero por el cónyuge y por los parientes, si bien, se exige una relación familiar o de convivencia entre el ordenante de la cláusula y el fiduciario³⁸⁴.

Mediante la fiducia aragonesa se puede delegar la facultad de disponer por causa de muerte, si se encarga a una persona que ordene su sucesión cuando la primera haya fallecido. En su origen tenía por objeto privilegiar al pariente más idóneo para gestionar el patrimonio familiar con la finalidad de que se mantuviera dentro de la familia. No solo recoge la fiducia a favor del cónyuge, sino también la fiducia colectiva, donde la Junta de Parientes tiene su aplicación más importante y donde presenta particularidades

³⁸² Así, GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Fiducias, sustitución fideicomisaria y empresa familiar. El caleidoscopio legal”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, p. 374. También, RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común,” *op. cit.*, p. 1317, “en sus orígenes perseguía la conservación de la disciplina domestica, la cohesión familiar y el mantenimiento de la integridad de la explotación agraria, pecuaria, fabril y empresarial”.

³⁸³ A este respecto, HUALDE MANSO, T., *op. cit.*, p. 630, mantiene que tratándose solo de una delegación en la facultad de disponer lo único que se consigue es retrasar el cambio de titularidad, provocando problemas añadidos en la gestión empresarial.

³⁸⁴ La fiducia de los parientes estaba prácticamente en desuso pero el Código de Sucesiones introdujo importantes novedades en su regulación que pasaron al nuevo texto legal. GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, *op. cit.*, p. 608.

que exceden de la regulación del art. 831 CC. A este respecto, la fiducia sucesoria suele presentarse unida al testamento mancomunado -ha sido precisamente una institución tradicional y habitual en los testamentos de los aragoneses-, y resulta un instrumento útil para ordenar la sucesión en la empresa y regular el mecanismo de elección del sucesor³⁸⁵.

Comúnmente, en Navarra se ha utilizado esta institución para preservar la unidad y continuidad de la Casa, así como la integridad de la explotación industrial o mercantil mediante el aplazamiento del nombramiento de heredero y de la distribución del patrimonio hasta que se pueda elegir a aquel descendiente o familiar que sea más idóneo para regirla, con lo que se evita, tanto que el causante tenga que tomar una decisión precipitada, como la sucesión legal, y con ello, la disgregación del patrimonio familiar³⁸⁶.

En Vizcaya y Guipúzcoa la función originaria de la fiducia sucesoria era la de conseguir diferir en el tiempo la designación del sucesor idóneo en el patrimonio familiar³⁸⁷.

En el Derecho del país Vasco, al igual que en Navarra y en Aragón, el nombramiento puede recaer en cualquier persona.

3.3.2. Finalidad y naturaleza de la delegación fiduciaria

Tradicionalmente se han asignado a la delegación fiduciaria los siguientes fines: (i) aplazar el nombramiento de heredero y la distribución de la herencia para hacerlo en mejores condicione, b) preservar la integridad del patrimonio familiar y la transmisión de la explotación industrial, mercantil o agraria del fallecido a favor del sucesor que se considerase más idóneo, iii) potenciar la posición de autoridad en el núcleo familiar del

³⁸⁵ CALATAYUD SIERRA, A.: “La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, p. 225. También, ESCOLÁN REMARTÍNEZ, A.: *La fiducia sucesoria aragonesa: Del “pacto al más viviente” hasta la problemática fiscal moderna*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013, p. 18.

³⁸⁶ A la vez, refuerza la autoridad del fiduciario-comisario dentro de la familia, pudiendo ser este el cónyuge. Vid. NANCLARES VALLE, J.: “Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 875.

³⁸⁷ ASUA GONZÁLEZ, C. I., GIL RODRÍGEZ, J., ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 899, obviando así, las dificultades a que a tal efecto supondría la juventud de los eventuales sucesores al momento del fallecimiento del causante; a lo que se unía la posibilidad, existiendo medios, de atender mejor a las necesidades que pusieran ir generándose entre los posibles sucesores.

supérstite y sus funciones directivas de todo orden en relación con los descendientes; d) gestionar el patrimonio familiar sin solución de continuidad³⁸⁸.

En el ámbito de la empresa familiar, la fiducia sucesoria tiene por finalidad mantener indivisa la empresa dentro de la familia, a la vez que también, como ya hemos señalado, fortalecer la posición del fiduciario. Se trata de no precipitar la decisión de elección del sucesor y relegar la misma al momento idóneo para que tenga lugar el relevo, de modo que en este tiempo en el que el cónyuge fiduciario estará al frente de la empresa, el sucesor pueda prepararse, razón por la que la facultad de delegación sirve como instrumento de planificación³⁸⁹.

Una de las finalidades que tiene esta figura tras su nueva redacción por la LPPD, además de la protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, es precisamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola indivisa e integra a favor de aquel o aquellos descendientes que tengan mayores aptitudes para estar al frente de ella³⁹⁰. Así, la finalidad del nuevo artículo, que era la protección de los

³⁸⁸ Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 932.

³⁸⁹ Al efecto, REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, op. cit., p. 325, señala que la fiducia sucesoria suele ir vinculada a un legado de usufructo universal a favor del propio cónyuge. Se da en aquellos casos en los que los hijos son de corta edad, puesto que en caso contrario, lo que se estaría haciendo sería dilatar el tránsito a la siguiente generación. También facilita la resolución de determinados problemas vinculados a personas con discapacidad o simplemente a descendientes inexperimentados.

³⁹⁰ Ya que el saber los hijos que su padre o madre viudos pueden variar sustancialmente las previsiones sucesorias del premuerto, puede condicionar el comportamiento personal de cada uno de ellos. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, op. cit., p. 100. Advierte en este sentido ROCA GUILLAMÓN, J.: “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003)”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4283, que en realidad la figura es la misma que vieja conocida de la delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar aunque, según se insiste en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, lo que ahora se persigue es permitir que no se precipite la partición de la herencia del premuerto cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Lo cual, por cierto no representa tampoco ninguna novedad salvo, acaso, por la concreta referencia que se hace a los discapacitados, pues la concesión al cónyuge sobreviviente de la facultad de mejorar a los hijos comunes siempre se ha justificado desde el punto de vista de la cohesión familiar, ya que a través de su reconocimiento ha sido posible conservar el control de las expectativas de los hijos respecto del patrimonio hereditario en una considerable cuantía y al mismo tiempo se ha robustecido la posición del sobreviviente, respaldando sus posibles decisiones, en la confianza de que serán las más adecuadas para el mantenimiento de un status quo familiar acorde con las necesidades futuras, lo que, obviamente, puede incluir la especial consideración de alguno de los hijos particularmente necesitado, que es lo que ahora se explicita en esta ultimísima versión. En la misma línea se pronuncia SIERRA DE PÉREZ I.: “La fiducia sucesoria en Derecho Común. El artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre” en *Revista de Derecho Patrimonial* nº19 2007, p. 94, al afirmar que no se crea una figura nueva y con la antigua norma también se concedía al viudo o viuda el poder de “distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes”, con lo que, evidentemente, podía hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias de cada uno de ellos. La modificación de la ley no introduce, como dice, una nueva figura

discapacitados y facilitación de su mejora de la forma más amplia -o distribución desigual-, resulto un medio muy útil de organización de los patrimonios familiares y empresariales. Sin embargo, no es menos cierto que su eficacia práctica ha sido muy limitada en Derecho común pues son escasas las ocasiones en las que una cláusula de este tipo aparece en un testamento a pesar de que el concepto resulta muy atractivo³⁹¹. Se ha aplicado en los casos en que ambos cónyuges tenían claro que lo de ellos era un solo patrimonio y que sus descendientes, o en el caso de existencia de una empresa familiar, iban a necesitar por el fallecimiento, muchas veces prematuro de uno de ellos, una regencia³⁹².

Con la institución de la fiducia se amplía la autonomía de la voluntad de la persona, al poder ordenar no solo su sucesión por si mismo sino también por medio de tercero porque se delega la disposición *mortis causa* a otra u otras personas, quienes en virtud de esta transferencia de facultades podrán gestionar el caudal hereditario, elegir sus beneficiarios y distribuir la herencia entre los descendientes del causante. El art. 831 CC contempla la facultad de mejorar, que se amplía mediante el testamento al cónyuge para que fallecido el testador pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos, de los que le corresponde ser administrador. Los bienes que sean objeto de mejora pueden pertenecer a la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, al igual que las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes pueden ser satisfechos con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades.

ni se ha modificado la finalidad de la ya existente aunque la norma se haya redactado pensando concretamente en esa utilidad.

Igualmente se pronuncian TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (II)”, *op. cit.*, p. 105, “la mejora es una institución peculiar y genuina del Derecho castellano, regulada ampliamente en las Leyes de Toro, de ningún modo puede considerarse que un aspecto de la misma pueda constituir un cuerpo extraño en el Código Civil”.

Respecto al alcance del art. 831 CC tras la reforma, GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Notas al artículo 831 del Código Civil”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 297-298, considera que es bastante mayor de lo que desde la perspectiva de la Ley que lo modifica se justificaba. Sostiene que la finalidad no es únicamente la de posibilitar la creación de un patrimonio para el descendiente discapacitado, sino la de mantener unido ese patrimonio en manos del viudo o viuda hasta el momento en que este decida cuál de los descendientes es el idóneo para continuar con el mismo.

³⁹¹ GOMÁ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, *op. cit.*, p. 558.

³⁹² *Vid.* GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” en *Revista jurídica del Notariado*, nº 83, julio-septiembre 2012, p. 356.

Para GÓMEZ GÁLICO³⁹³ el art. 831 CC es el fin de la intangibilidad de la legítima en Derecho común. El cónyuge sobreviviente puede realizar el encargo mediante el pago de la legítima en metálico de los herederos forzosos, adjudicando a uno de ellos los bienes de la herencia que se quieren conservar indivisos y funciones de partición de bienes que sin esa atribución fiduciaria que ampara el precepto le estarían vedadas. En cambio, no procede el aplazamiento del pago, ni éste puede ser fraccionado ni ser aplicable cualquier otro medio de extinción de las obligaciones porque es una facultad reservada únicamente al testador.

Podemos afirmar que estamos ante un caso excepcional dentro del sistema del Código Civil, excepciones a los artículos 1271.2º, 830, 1056 y 670 pero en general a todo sistema de sucesiones del Código Civil, así lo refiere algún autor³⁹⁴. Si bien, con respecto al art. 1271.2 CC, no supone tal excepción pues ni el delegante ni el delegado quedan vinculados por la delegación testamentaria, ni aquel pierde sus facultades de disposición *inter vivos* ni *mortis causa*, ni confiere derecho alguno sobre la herencia futura, ni produce efectos antes del fallecimiento del comitente³⁹⁵.

Obsérvese que mediante la fiducia sucesoria el cónyuge viudo puede llegar a decidir sobre la atribución de hasta dos tercios de los bienes del difunto y tan solo tendría que respetar la distribución igualitaria en el tercio de legítima estricta.

Estamos ante una disposición *mortis causa* y revocable que solo puede otorgarse por testamento, al ser el único instrumento generador de la delegación de la facultad de mejorar en el cónyuge supérstite, al ser suprimida la posibilidad de delegar mediante pacto en capitulaciones matrimoniales por la Ley 41/2003. Por tanto, esta facultad podrá ser modificada o revocada en cualquier momento hasta la apertura de la sucesión. Sin ánimo de realizar un análisis profundo del motivo de esta supresión, no parece encontrarse un argumento de peso, entendemos que sería más efectivo el poder realizarla en los dos instrumentos para armonizar las reglas del régimen económico matrimonial con las del Derecho sucesorio. Podría parecer que el legislador pretende

³⁹³ GÓMEZ GÁLICO, J., *op. cit.*, p. 690-691.

³⁹⁴ Por ejemplo, RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común,” *op. cit.*, p. 1319.

³⁹⁵ Opinión que mantiene CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 932

alejar la delegación de la facultad de mejorar del pacto sucesorio y acercarla a la fiducia especialmente aragonesa³⁹⁶.

En otro orden, cabe aplicar este precepto cuando sea voluntad de los cónyuges dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad, en beneficio del cónyuge viudo y en el que no interfieran los hijos hasta que fallezca este. En esta línea, nos parece interesante, por su aplicación práctica, la reflexión que realiza MARTÍNEZ SANCHIZ³⁹⁷ sobre la utilidad de la delegación de la facultad de mejorar, indica que puede desplegar un importante papel para encauzar una partición conjunta del patrimonio de ambos cónyuges: en vida del fiduciario mediante una donación de los propios bienes, unida a la partición de la herencia o por medio de lo dispuesto en el testamento del viudo. Mayormente en el derecho común donde los cónyuges no pueden otorgar testamento mancomunado.

Al tratarse de una figura basada en la confianza que el causante tiene en su cónyuge o pareja, en caso de perderse esta, podrá revocar las facultades por un nuevo testamento y la ley presume que esta se perderá si el fiduciario contrae nuevo matrimonio o pasado a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común (art. 831.5 CC). A pesar de estas circunstancias, el causante puede autorizar el mantenimiento de la delegación fiduciaria conforme al principio de autonomía de su voluntad³⁹⁸. El Código Civil no se pronuncia sobre la afectación que puedan tener las crisis matrimoniales sobre la delegación de la facultad de mejorar a favor de quien era el cónyuge en el momento de testar, cuando el autorizante falleció divorciado, separado o con su vínculo matrimonial anulado pero a falta de declaración expresa del testador, debe entenderse que la delegación ha quedado extinguida. La interpretación sobre las causas de cesación parecen lógicas, puesto que en estas situaciones por regla general no predominara la confianza, sin embargo, el cónyuge testador puede mantener la disposición incluso después de producida la ruptura matrimonial pero lo tendrá que hacer constar expresamente en el testamento.

³⁹⁶ Así se manifiesta FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 136.

³⁹⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "El artículo 831 y el "favor viduitatis", en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 1002.

³⁹⁸ Al respecto, CAMARA LAPUENTE, S.: "Artículo 831", en *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 932, señala que la admisión expresa del art. 831. 5 CC ha e primar correctamente la relación de confianza entre comitente y fiduciario y potenciando la autonomía de la voluntad.

En atención a lo dispuesto para el caso de la sucesión abintestato, el art. 945 CC niega la sucesión del cónyuge viudo que estuviera separado judicialmente o de hecho, igualmente el art. 834 CC priva de la cuota legal usufructuaria al que estuviera separado judicialmente o de hecho. Por tanto, si aplicamos los mismos efectos, se vería privado el ejercicio de la fiducia. En todo caso, consideramos que lo mejor será que el empresario realice la previsión correspondiente sobre la facultad concedida al cónyuge para salvaguardar a la empresa de estas contingencias³⁹⁹.

Sin embargo, no impide el ejercicio de la facultad conferida el hecho de que el cónyuge supérstite tenga hijos no comunes de una relación anterior al fallecimiento del causante al no entrar en el reparto de los bienes del causante, tampoco en el caso de que fuese el cónyuge premuerto quien tuviera hijos de una relación anterior porque sobre ellos no se ejercería la facultad de mejorar al no ser comunes y su legítima no sufriría alteración porque en principio sería pagada con los propios bienes hereditarios y tendrían protegidos sus derechos⁴⁰⁰.

El apartado 6 del art. 831 CC extiende esta facultad a personas con descendencia común no casadas ente sí aunque no consideramos que el propósito de la norma sea equiparar las parejas de hecho al matrimonio sino que al estar basada en la confianza que tiene el testador en el fiduciario de que realizará la mejor distribución entre los hijos comunes, responde a la figura que tiene la persona como progenitor, más allá de su relación afectiva⁴⁰¹. En esta línea, la fiducia sucesoria a favor del cónyuge viudo o

³⁹⁹ TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (II)”, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁰⁰ RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil,” *op. cit.*, p. 170 y 171.

⁴⁰¹ Al respecto, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A, *op. cit.*, p. 135, que los términos del art. 831.1 y 6 del CC permiten que las previsiones sobre la delegación de la facultad de mejorar, inicialmente contempladas para el cónyuge viudo, se apliquen a las personas que no estén “casadas entre sí” y tengan “descendencia común.” Se legitima la atribución de esta fiducia no solo al conviviente con el que se conformó una unión estable, sino también al progenitor de la descendencia común en atención a la confianza que pudo suscitar esa relación. La norma no requiere que exista una situación de familia “no matrimonial”, aunque sí que ésta medie materialmente entre el facultado y los posibles mejorados. La interacción que la atribución de dicha facultad pueda tener con los derechos sucesorios del cónyuge supérstite resulta interesante, pues sumará a su legítima viudal las facultades que le atribuya el delegante. Más sugerente es aún la posición que puede conferirse mediante la delegación al miembro de la pareja estable o progenitor supérstite, teniendo presente que el Código Civil sólo anuda derechos sucesorios al matrimonio. El testador no puede atribuir a su pareja, aunque concurra con hijos comunes a ambos, otra cosa que el tercio de libre disposición de su haber patrimonial. Por ello, la atribución de las facultades que le permite el artículo 831 del CC auspicia que, por vía indirecta, se le pueda otorgar un estatus en la herencia que resultaría impensable de no hallarse legalmente reconocida la posibilidad de la delegación de esta facultad.

conviviente supérstite le puede servir al testador para desigualar a los hijos, favoreciendo a los del segundo matrimonio o unión de hecho⁴⁰².

En cuanto al contenido y los límites, sin perjuicio de lo tratado en el epígrafe siguiente sobre las facultades del cónyuge fiduciario, la fiducia está referida siempre al tercio de mejora y al de libre disposición, siendo el límite la propia legítima, estricta de los descendientes comunes, además por supuesto, el fiduciario deberá respetar la voluntad del testador. En relación a ello, la reforma podría haber precisado algo más sobre el concepto de la legítima que debe dejarse a salvo, ya que el sistema no se aviene con las soluciones a las que recurre el artículo y la interpretación del límite a las facultades atribuidas al delegado va a depender del concepto que de ellas se sostenga⁴⁰³.

El límite de la legítima al que está sujeto el testador se traslada también al cónyuge fiduciario porque no se puede disponer sobre ella, es una institución de derecho necesario⁴⁰⁴.

Por lo que respecta a la disposición en que se concede la facultad del artículo 831 CC sobre la empresa familiar, lo habitual será que el testador fije un plazo amplio en el que el fiduciario lleve a cabo la delegación encomendada para facilitar al supérstite la elección del mejorado, solo en el caso de que no se fije plazo alguno regirá el plazo legal supletorio de dos años a contar desde la apertura de la sucesión si los descendientes comunes son mayores de edad, bien desde la emancipación del último de los hijos comunes. Puede concedérsele al fiduciario un plazo de por vida si se ha previsto que lo realice en su propio testamento, en cuyo caso, el plazo finalizará con su muerte, al tener la posibilidad de otorgar o revocar su testamento en cualquier momento.

En el caso de que el cónyuge sobreviviente ejerza la facultad en su propio testamento, puede retrasar la sucesión porque el plazo será vitalicio, que no será lo más adecuado, a no ser que interese porque los hijos sean de corta edad y el cónyuge vaya a estar al frente de la empresa y de esta manera se refuerza su posición y se favorece la

⁴⁰² Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 222.

⁴⁰³ No está de más, y así lo apunta BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 479, que “la elección del adjudicatario puede ser del delegado si el testador previo la satisfacción de las legítimas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 841 y siguientes, o cuando resulte la compensación en metálico como consecuencia del ejercicio de la facultad de mejorar”.

⁴⁰⁴ GARCÍA PÉREZ, C. L., *op. cit.*, p. 308.

unión familiar. En este sentido, el intento de posponer el momento de la partición tampoco ha sido logrado del todo con el precepto, pues si bien el testador puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir, lo cierto es que no habiéndose señalado plazo el cónyuge tan solo dispone de los dos años señalados para ejecutar la facultad conferida, por lo que en nuestra opinión, es fundamental que el empresario testador señale plazo para evitar que se aplique el plazo legal o la prolongación de situaciones interinas⁴⁰⁵.

Es conveniente también que el testador instruya sobre la forma de llevar la empresa durante el período de interinidad para evitar el deterioro y permitir el mejor rendimiento de la misma con la finalidad de encauzar la empresa hasta que se determine quienes serán los continuadores del negocio de acuerdo con las directrices del testador⁴⁰⁶.

3.3.3. Facultades del fiduciario: mejorar, adjudicar, atribuir y partir

La libertad que tiene el fiduciario para ejercer sus facultades es muy amplia, tanto es así que puede practicar la distribución por acto *inter vivos* o *mortis causa* e incluso puede realizar las atribuciones aunque no se haya liquidado la sociedad de gananciales y también se extiende a los bienes propios, es más, el fiduciario está autorizado para liquidar los bienes de la sociedad conyugal⁴⁰⁷. Por tanto, las facultades conferidas al cónyuge viudo se extienden a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado y le permiten mejorar,

⁴⁰⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58 n°3 2005, p. 1117.

⁴⁰⁶ Vid. RUEDA ESTEBAN, L. La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil, *op. cit.*, p. 201, obsérvese que el cónyuge supérstite- fiduciario, debidamente autorizado para realizar la adjudicación, no podrá atribuir la empresa a destinatarios que no sean los hijos o descendientes comunes, a diferencia del propio testador, que en aras de la conservación de la empresa, podrá adjudicarla más allá de los hijos o descendientes comunes con tal de que sean colaboradores de la empresa familiar.

⁴⁰⁷ Si se trata de atribución de la empresa familiar, el adjudicatario pagará con efectivo extrahereditario, en su caso, la legítima a los demás interesados. Se manifiesta así la conexión entre el art. 1056. 2 CC y la delegación fiduciaria del art. 831 CC. GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Fiducias, sustitución fideicomisaria y empresa familiar. El caleidoscopio legal” *op. cit.*, p. 377. Y supone una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de los derechos legitimarios y a la concepción de la legítima como *pars bonorum*, de manera que, establecida la delegación fiduciaria, los descendientes comunes que sean legitimarios solo tendrán un derecho de crédito que el fiduciario puede satisfacer en metálico o con bienes extrahereditarios. CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 942.

adjudicar, atribuir y partir y en lo que respecta a la empresa familiar puede atribuirla, al entenderse que reviste de autorización implícita en sus facultades⁴⁰⁸.

Mediante la fiducia sucesoria el testador puede conferir a su cónyuge facultades amplísimas para distribuir los bienes de aquél, una vez fallecido, entre los hijos y descendientes comunes, lo que le permite no precipitar la partición de la herencia – posibilidad que va más allá del simple aplazamiento de la división del art. 1051 CC-, pudiendo incluso elegir al heredero que haya de ser mejorado en la empresa familiar aunque siempre con pleno respeto a las legítimas estrictas de estos y a las disposiciones testamentarias del propio causante. En este sentido, lo más conveniente es que el testador imponga instrucciones concretas al delegado acerca de la distribución de los bienes para evitar efectos no deseados de sus decisiones⁴⁰⁹. Reiteramos que estamos ante facultades que exceden con mucho de las que tiene el contador- partidor y también son más amplias que las de mejorar (disponer del tercio de mejora) y por lo que respecta a la partición la practica como si actuara el propio testador⁴¹⁰. Así podrá hacerlo en cuotas o en bienes determinados, con o sin entrega inmediata de los bienes o incluso empleando promesas de mejorar.

De las dos facultades de mejorar y atribuir o adjudicar, puede haber el causante señalado ya las cuotas, por lo que solo cabría la segunda de ellas, si bien lo normal será que el testador conceda a su cónyuge todas.

Hasta que termine la ejecución de la fiducia, existe una situación de pendencia - aunque no es herencia yacente-. Conforme al apartado segundo del art. 831 CC, será el

⁴⁰⁸ Concreta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *op. cit.*, p. 1135, que pueden confluir en el cónyuge viudo las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador. Existiendo hijos menores, el cónyuge fiduciario será su representante legal, por lo que no podrá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ni a la partición de la herencia sin nombrar un defensor judicial.

⁴⁰⁹ RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común”, *op. cit.*, p. 1332, “en concreto, las facultades del fiduciario se resumen en: a) Mejorar a los hijos comunes. b) Señalar cuotas a los hijos y descendientes comunes dentro de los tercios de mejora y de libre disposición. c) Atribuir bienes concretos y específicos, bien directamente, o bien en cumplimiento de una cuota previamente señalada por el testador. d) Entregar bienes específicos o determinados, tal cual si se tratase de legados. E) Realizar la partición en los mismos términos que si se tratase del testador. Por lo tanto, no está sujeto a la obligada igualdad exigida por los artículos 1061 y 1062 CC. f) La partición realizada por el fiduciario no podrá ser impugnada por causa de la lesión en más de la cuarta parte de los bienes adjudicados porque está realizada por persona con las mismas facultades que el testador, y no por los herederos o por un contador-partidor. g) Puede ordenar el pago de la legítima en metálico, en los términos del art. 841 y siguientes del Código Civil. h) Puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga. i) Puede, en ciertas circunstancias, ordenar sustituciones fideicomisarias y fideicomisos”.

⁴¹⁰ SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, *op.cit.*, p. 343.

cónyuge quien administre los bienes sobre los que recaigan las facultades de distribuir y mejorar⁴¹¹ aunque no especifica que incluye esa administración, no faltan opiniones en el sentido de que habrá de hacerse una interpretación extensiva, dándole un carácter amplio y extensivo para el buen funcionamiento de la empresa⁴¹². Con ella estamos de acuerdo.

En todo caso, el testador tiene la posibilidad de establecer las reglas de administración de los bienes y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas por disposición testamentaria conforme al art. 227 CC. Téngase en cuenta, que la persona casada que no desee que su cónyuge administre los bienes de la fiducia no le basta con nombrar fiduciario a otra persona sino que ha de conseguir que su régimen económico matrimonial no sea de comunidad de bienes y que su cónyuge no tenga derecho de viudedad sobre los bienes objeto de la fiducia⁴¹³.

Por otra parte, al conceder amplias facultades de distribución al viudo se evita la igualitaria distribución de los bienes del difunto. En definitiva, se trata de otra forma de conservar la indivisión de la empresa que permite la unificación del interés del empresario con el interés de la empresa y de la sociedad⁴¹⁴.

De todas las facultades conferidas al fiduciario, destacamos la facultad de atribuir la empresa familiar por vía del art. 1056. 2 CC, por lo que a nuestro objeto de estudio interesa y como manifestación de la amplia arbitrariedad de la que aquel dispone.

⁴¹¹ Facultades que no deben ser incluidas ambas pudiendo atribuirse al cónyuge viudo el ejercicio de ambas posibilidades o únicamente una de ellas tal como expone CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “La protección patrimonial de las personas con discapacidad en el orden civil (Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, en *Retos del s. XXI para la familia* (Coord. BENEYTO BERENGUER, R., et al.) Ed. Práctica de Derecho. Valencia, 2008, p. 128.

⁴¹² RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 197. Al respecto, ZURILLA CARINANA, M. A.: “Comentarios a los artículos 823 a 833 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*. AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.) Ed. Aranzadi, 3ªed. Navarra, 2009, p. 1004, señala que en cuanto a la administración que le corresponde al cónyuge favorecido será la realización de los actos de administración ordinaria o extraordinaria dirigidos a la conservación de los bienes y evitar la disminución de su valor.

⁴¹³ SERRANO GARCÍA, J. I.: “Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006, p. 251, considera que para ambas cosas existen suficientes mecanismos legales.

⁴¹⁴ Así lo expresa GARCÍA ROSS, J. J, TÉLLEZ ROCA, J.: “Aspectos civiles de la sucesión”, en *Empresa familiar. Aspectos jurídicos y económicos* (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, p. 679, fórmula que requiere una confianza en el cónyuge más allá de la muerte, presupuesto no siempre fácil de encontrar.

Recapitulando, podemos señalar que la reforma por la Ley 41/2003 ha introducido las siguientes facultades del delegado -inspiradas en los regímenes autonómicos-: distribuir, mejorar (en sentido amplio), adjudicar, atribuir y partir⁴¹⁵.

Dentro de las facultades que le son conferidas al fiduciario-delegado por el art. 831 CC, plantea RUEDA ESTEBAN⁴¹⁶ sí puede gravar con sustitución fideicomisaria a uno de los herederos a favor de otros, sean o no incapacitados, o incluso entre y a favor de los hijos o descendientes comunes capaces como forma de mejora indirecta. Y si puede en su caso gravar la legítima estricta en garantía de un hijo o descendiente común incapacitado, un fideicomiso en los términos del art. 808 CC. Considera que solo en el caso de estar expresamente autorizado el delegado por su comitente podrá designar estas sustituciones con dos importantes límites: el respeto absoluto de las legítimas y que solo lo sea entre hijos y descendientes comunes. Por otra parte, el fiduciario no puede hacerlo porque no puede gravar la legítima estricta de los hijos no comunes.

Lo que resulta claro es que para aceptar la institución de cualquier sustitución fideicomisaria ha de estar reflejado de forma expresa que ésa fue la voluntad del testador el autorizarlo.

Además, el art. 808 CC párrafo tercero está restringido a los discapacitados que han sido judicialmente incapacitados, en cambio el artículo 831 CC no tiene restricción alguna y puede ser utilizado para la distribución de los bienes entre los hijos y descendientes comunes.

⁴¹⁵ Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 936.

⁴¹⁶ Fundamenta las respuestas en que la institución de una sustitución fideicomisaria o en su caso la del fideicomiso, requiere de los mismos parámetros y elementos que una institución de heredero o el nombramiento de un legatario. Por lo tanto, si se sostiene que una de las facultades prohibidas al fiduciario del art. 831 CC es el nombramiento de herederos o de legatarios, que es exclusiva del causante, en consecuencia debemos considerar que excede de las funciones y posibilidades del fiduciario. Contempla también que es posible defender que el art. 831 CC también se retocó en 2003 y que si hubiera querido que el delegado pudiera constituir el fideicomiso lo hubiera dicho así, por lo tanto que el delegado tiene en este punto un campo de acción menor que el testador. Si bien, también se podría contraargumentar que de haber querido prohibir al delegado la constitución del fideicomiso también podría haberlo hecho el legislador y no lo hizo porque nada dice en el texto el art. 831 CC. Considera más aconsejable la primera opción por el beneficio al incapacitado y ante el encorsetamiento de las legítimas, es preferible sostener la libertad de testar, especialmente cuando se trata de proteger a hijos menores o incapacitados.

Sobre la segunda cuestión se basa en la lógica que si el fiduciario, que no es progenitor de ese incapaz, no ha de mostrar interés por garantizar su protección, por lo que se hace difícil esperar que grave la legítima de los hijos comunes a favor de un hijo solo del testador. RUEDA ESTEBAN, L.: “El fiduciario del art. 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora”, op. cit., p. 603-605.

Para DÍAZ ALABART⁴¹⁷, si las modificaciones de los arts. 782 y 808 CC permiten al testador establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de los hijos o descendientes incapacitados, puede también hacerlo el cónyuge superviviente porque no se lo prohíbe ninguna norma, ya que cuando en el art. 831 CC se dice que hay que respetar la legítima estricta, a lo que se refiere es a respetar las actuales normas imperativas sobre la cuestión, y éstas permiten la creación del fideicomiso. Lo que no es seguro es que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del art. 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

En todo caso, la sustitución fideicomisaria solo será útil para mantener la unidad de la empresa familiar cuando el testador tenga plena confianza en el heredero fiduciario a quien compete el mantenimiento temporal de la empresa y como otras figuras está sometida al límite de la legítima del resto de los descendientes. Con las sustituciones tanto ordinarias como fideicomisarias se consigue conservar y vincular el patrimonio y evitar su dispersión. Así mismo, es conveniente prever la incapacidad de algunos de los sucesores, al igual que ocurre con la minoría de edad, incorporando el nombramiento de administradores con facultades de disposición extraordinaria con respecto a los bienes heredados por estos sucesores⁴¹⁸.

⁴¹⁷ DÍAZ ALABART, S.: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente”, *op. cit.*, p. 1059.

⁴¹⁸ En opinión de HUERTA TROLEZ, A., *op. cit.*, p. 85, no es aconsejable utilizar la sustitución fideicomisaria en el ámbito de la empresa familiar y ello porque responde a una concepción estática del derecho de propiedad que choca frontalmente con la dimensión dinámica y evolutiva de la empresa. Al fiduciario le incumbe la obligación de conservar para luego transmitir al fideicomisario que implica una prohibición de disponer, incompatible con el desarrollo de la empresa. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional,” *op. cit.*, p. 97-98, la sustitución fideicomisaria no está exenta de inconvenientes y puede no resultar adecuada a la empresa familiar, al hacer una vinculación perpetua durante tres generaciones y ser la empresa un ente dinámico y cambiante. Al no poder disponer de la empresa como consecuencia de la obligación de conservarla para transmitirla supone una carga para la propiedad de los herederos y si bien es cierto que el objetivo que se persigue es, precisamente, mantener la propiedad de la empresa en la familia, no es menos cierto que la consecución de ese objetivo no puede conseguirse a costa de inmovilizar la propiedad de la empresa, opinión que compartimos. Sin embargo, en opinión de FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., *op. cit.*, p. 98, la sustitución fideicomisaria puede resultar un mecanismo adecuado para la transmisión intergeneracional de la empresa familiar, siempre y cuando esta se incluya dentro del tercio de mejora o libre disposición, pues no cabe sustitución sobre la legítima y si recae sobre el tercio destinado a mejora solo podrá hacerse a favor de los descendientes. De esta manera el testador puede ejercer un control aun más férreo sobre la titularidad de la empresa familiar para después de su fallecimiento a través de la institución de un heredero en segundo o ulterior termino (fideicomisario), obligándole al heredero en primer término (fiduciario) a que conserve y transmita al fideicomisario la participación en la empresa familiar adquirida mortis causa.

Ahora bien, no puede descuidar el testador dos posibles eventualidades, como son: (i) la premoriencia del sucesor, piénsese en el caso de que el mejorado fallezca antes del mejorante; (ii) el fallecimiento del cónyuge supérstite sin haber realizado la facultad delegada porque lo que se trata de excluir en todo caso es la sucesión abintestato que nada favorece a la empresa.

3. 3. 4. Instrumento jurídico flexible y versátil. Breve referencia al *trust*

Comentábamos en el epígrafe 3.3.1. que la fiducia en el Derecho común ya no difiere tanto de la regulación que tiene en los Derechos forales donde los patrimonios fiduciarios son una herramienta jurídica versátil para dar respuesta a la extensa y compleja problemática que suele plantearse en la planificación patrimonial sucesoria de las empresas familiares⁴¹⁹.

Aunque ciertamente la intención última de la fiducia sucesoria fue la de beneficiar a un hijo frente a otro, ya que la única intención era la de mantener a la familia como un todo en el tiempo y proporcionar a aquel de los hijos que hubiese sido escogido para perpetuarla, los medios necesarios para hacerlo, no olvidemos las otras finalidades advertidas al tratar de la fiducia.

Tampoco está de más acudir a los preceptos concretos del Derecho Foral o especiales para tomar ideas o criterios de inspiración que pueden ayudarnos a resolver lagunas o problemas que se suscitan en Derecho común, dada la regulación más detallada y desglosada que existe en estos derechos, pero no a los “principios generales” que inspiran tales preceptos, entre otras razones porque tales principios no son idénticos para todos ellos, por lo que tendríamos que decantarnos por alguno, lo que parece no tener mucho sentido⁴²⁰.

Desde el inicio de nuestro trabajo hemos manifestado la necesidad de dotar al empresario de instrumentos jurídicos flexibles que se adapten a las circunstancias familiares y empresariales para lograr el cambio generacional en la empresa. Aunque el testamento se conciba como instrumento para conseguir esta finalidad se manifiesta insuficiente porque no se ajusta a las necesidades del testador ni a los parámetros de la

⁴¹⁹ Tal como se hizo en los trabajos preparatorios del Código Civil de Cataluña. CORTÁZAR LORENTE, C: “*Trust* y empresa familiar,” en *El Trust en el Derecho Civil* (Dir. ARROYO I AMAYUELAS, E.) Ed. Bosch. Barcelona, 2007, p. 530

⁴²⁰ Como así lo propone LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *op. cit.*, p. 1121.

empresa. Estamos de acuerdo con MARTÍN SANTIESTEBAN⁴²¹ cuando manifiesta que “mercado y sociedad demandan instrumentos ágiles y flexibles que permitan un tráfico fluido de bienes y derechos en el seno de la familia. Donación y testamento no son instrumentos que permiten planificar, en caso anticipado en el tiempo, los efectos del fenómeno sucesorio”, en el sentido de que no son instrumentos suficientes.

Los *trust mortis causa* se utilizan fundamentalmente como fórmula de planificación sucesoria. En este sentido, SERRANO DE NICOLÁS⁴²² señala que la función primordial del *trust* sucesorio angloamericano es la de planificación de la herencia, sobre todo para la transmisión de los patrimonios empresariales, si bien en su opinión no cabe aplicar el *trust* angloamericano tal como allí se concibe. No obstante si podrían alcanzarse, con nuestras instituciones sucesorias, la mayoría de las finalidades del *trust*. Entre ellas, puede lograrse la designación de heredero definitivo dejándolo a la confianza que merece la persona que debe designarlo. Aunque la fiducia presenta ciertas singularidades podemos afirmar que es la figura que más se aproxima al *trust*.

Referencia CAMARA LAPUENTE⁴²³ que hasta la fecha en el ámbito de la persona y la familia, el intento más cercano de emular el *trust* a través del patrimonio de destino se ha acometido en la legislación estatal, de forma limitada e imperfecta, por medio de la Ley 41/2003 que regula el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, y en la legislación catalana, que ha regulado este tipo de patrimonios.

⁴²¹ MARTÍN SANTIESTEBAN, S.: “La figura del trust en los Estados Unidos de América” en *Indret* [En línea], núm. 2/2008. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/536_es.pdf, p. 6

⁴²² SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Trust y derecho de sucesiones,” en *El Trust en el Derecho Civil* (Dir. ARROYO I AMAYUELAS, E.) Ed. Bosch. Barcelona, 2007, p. 64-65. Para lograr la finalidad sucesoria del *trust* en España se requiere que la planificación pueda hacerse tanto mediante actos *mortis causa* de última voluntad, básicamente el testamento o figuras alternativas, como mediante negocios inter vivos, teniendo en cuenta que el Código Civil no admite el pacto sucesorio.

Aunque deba ampliarse el ámbito, más allá del cónyuge o dos parientes, para llevarlo al ámbito de terceros con conocimientos suficientes de las características empresariales o gestoras que debe reunir el heredero-beneficiario, p. 91. También, SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Estate planning. La planificación de la herencia al margen del testamento (*willsubstitutes*)”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo III. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 503, “en los demás derechos civiles españoles no puede ocultarse que algunas instituciones típicamente particulares de estos ordenamientos “forales”, de no habitual utilización, podrían cumplir fielmente la voluntad del causante, todo ello sin tener que acudir a formulas extrañas a nuestro ordenamiento jurídico, en orden a la designación de heredero o herederos o a la distribución de la herencia; piénsese en las designaciones fiduciarias, por parientes o el heredero de confianza, tan típicas del Derecho catalán, o algunas también del aragonés o navarro, aunque tengan que acomodarse a los nuevos tiempos, en materia de forma, tiempo de su otorgamiento o revocabilidad”.

⁴²³ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios. Acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación” en *Diario La Ley*, nº 7675, 2011, p. 2.

Considera así mismo que no existe en nuestro sistema un mecanismo que garantice la continuidad *mortis causa* de la gestión y transmisión de los bienes iniciados inter vivos y este sistema facilitaría la transmisión de la empresa familiar. Sin embargo, a pesar de que el *trust* es un instrumento útil e idóneo, señala GRIFFITHS,⁴²⁴ que las legislaciones de los estados que no pertenecen al *Common law* no lo encuentran aceptable y ventajoso por el sistema de rigidez de las legítimas o de porciones de herencia reservadas a determinados familiares.

Dentro de la figura del *trust* encontramos los *family trust*, que son trust inter vivos y su creador busca un instrumento que comience a producir efectos antes de su muerte⁴²⁵.

A este respecto opina MARTIN SANTIESTEBAN⁴²⁶ que el *family trust* “ofrece una solución más flexible y eficaz para afrontar la cuestión de cuándo la propiedad de los bienes debe distribuirse entre los hijos (...) Luego los progenitores pueden diferir, no la transmisión sino la adquisición de la propiedad hasta el momento en que sus hijos cumplan veinticinco, treinta, o cualquier otra edad que ellos consideren adecuada para asumir la titularidad y administración de un patrimonio. Pueden también condicionar la entrega de los bienes del trust aquel cumplimiento, adicional o alternativo, de matrimonio, o dejar simplemente que sea el *trustee* quien juzgue cuándo y/o quienes de los descendientes han alcanzado el grado de madurez suficiente para hacerse cargo de los bienes”.

Un dato importante a destacar es que el *settlor* conserva la posibilidad de modificar o revocar el *trust* hasta el momento de su muerte. En este sentido, considera la referida autora que “los trust constituyen un excelente instrumento de preservación y

⁴²⁴ GRIFFITHS, G.: “The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, p. 63, se ha venido afirmando que el *trust* es una estructura legal apropiada en el caso de existencia de personas discapacitadas o menores y para preservar el patrimonio familiar en manos de las sucesivas generaciones y mantener el control., evitando su dispersión.

⁴²⁵ “Esto puede deberse a que las necesidades que desea atender son inmediatas, como por ejemplo conseguir una eficaz administración para los bienes, o al temor de que un posible suceso desafortunado se produzca en vida del settlor, como por ejemplo padecer una situación de discapacidad.” MARTÍN SANTIESTEBAN, S.: “La figura del trust en los Estados Unidos de América” en *Indret* [En línea], núm. 2/2008. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/536_es.pdf, p. 8. Para CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, p. 701, el empleo prácticamente universal de los *family trust* por ciudadanos ingleses o norteamericanos tienen diversas causas, una de las más poderosas es evitar el incomodo *probate* o procedimiento sucesorio que se generaría al abrírsela sucesión de no haber dispuesto los bienes ya en vida a través de *trusts* u otras vías.

⁴²⁶ SANTIESTEBAN, S., *op. cit.*, p. 20-21.

transmisión controlada de la riqueza en el ámbito familiar. Su maleabilidad les permite adaptarse a las más variadas circunstancias personales y familiares, presentes o futuras de los posibles beneficiarios, independientemente de cuál sea la naturaleza de la riqueza familiar a transmitir, desde bienes muebles de uso cotidiano hasta empresas familiares”⁴²⁷.

El *estate planning* es otra figura que permite anticipar la herencia pero necesita ser adaptada a nuestro ordenamiento. En concreto, permite no solo planificar la sucesión sino gestionar el reparto del patrimonio en vida del causante, en definitiva transmitir el patrimonio en vida.⁴²⁸ Al respecto, señala BARRIO GALLARDO⁴²⁹ que se advierte la proliferación de una ciencia que recibe denominación de “*Estate Planning*” que traducida sería “planificación de la herencia” encaminada a estudiar el traspaso en bloque de vastos patrimonios empresariales con el menor de los costes fiscales posibles.

De lo expuesto podemos concluir que tanto el *trust* como las figuras similares al mismo no pueden ser introducidas en nuestro ordenamiento sin una previa adaptación y esto es debido en gran parte a que nuestro sistema es más rígido que los ordenamientos en que está presente. De lo que no cabe duda, y así se ha constatado es que cuanto más flexibles y versátiles sean los instrumentos, permitirán una mejor planificación de la herencia, sobre todo tratándose de la transmisión de los patrimonios empresariales, por ello, existen ordenamientos que han introducido figuras similares al *trust*. Como ha manifestado parte de la doctrina, disponemos en nuestro ordenamiento de figuras que

⁴²⁷ SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 34. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, S.: “*Trusts* y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, *op. cit.*, p. 727-728, señala que en el prototipo tradicional del *trust* en beneficio de la familia, con independencia de la composición del patrimonio familiar, el constituyente lo transfiere al fiduciario para que lo gestionen a favor de dicho constituyente (y en su caso, su cónyuge) y, a su muerte, siga gestionándolo a favor de los familiares supervivientes o les transfiera los bienes en la proporción especificada en las cláusulas del *trust*. Sirve en este caso como un sustituto del testamento. Puede tener múltiples propósitos: gestionar asuntos de los beneficiarios discapacitados, derrochadores, jóvenes, ancianos o para evitar que por acción del Derecho sucesorio se transfiera plenamente la propiedad a sus hijos adultos que podrían disiparla o malgastarla, atender a necesidades inmediatas como la necesidad de una buena administración o el acecho de una enfermedad inminente, o comprobar las cualidades del *trustee*. Además el constituyente puede crear un *testamentary trust* que desplegará su eficacia *mortis causa* con la apertura de la sucesión según las estipulaciones testamentarias o, crear un *living trust* con eficacia inmediata *inter vivos*. Y dentro de estos últimos el constituyente puede optar por que sean revocables o irrevocables.

⁴²⁸ Al efecto, *vid.* SERRANO DE NICOLÁS, A.: “*Estate planning*. La planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)”, *op. cit.*, p. 493, “la previsión sucesoria en algunas ocasiones impondrá la venta del negocio o la continuación del mismo pero disponiendo que la organización y gestión sea a cargo de otras personas, que no sean los herederos, para diferenciar netamente el poder de gestión de la propiedad.”, p. 499.

⁴²⁹ BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, *op. cit.*, p. 477.

pueden conseguir finalidades similares, si bien la mayoría de estas las encontramos en los territorios forales, por lo que sería aconsejable y muy beneficioso para la empresa familiar, introducirlas en el derecho común. Es el caso de los pactos sucesorios que pasamos a tratar en el capítulo siguiente.

Por el momento, y en lo que respecta a la fiducia sucesoria, además de una finalidad protectora, tiene utilidad para ordenar la sucesión del patrimonio familiar cuando concurren determinadas circunstancias, se convierte así en un mecanismo especial para la conservación del patrimonio y en instrumento de gran valor para la continuidad de la empresa familiar⁴³⁰.

PARTE SEGUNDA: INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS: LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Origen y finalidad del instrumento

Los protocolos familiares se configuraron en el ámbito empresarial como un instrumento útil para aunar los intereses de la familia y de la empresa, no en vano, el protocolo familiar es un instrumento exclusivo de las empresas familiares que no se encuentra en otro tipo de organización empresarial. Se presenta así, como el marco adecuado para regular las relaciones entre empresa y familia y todo lo concerniente al proceso de sucesión.

El origen del protocolo familiar lo encontramos en Estados Unidos en los *shareholders agreements*, que suelen complementar el contenido de los títulos constitutivos de sociedades, posteriormente se implantaron en Europa, y a partir de los años 90 en el ordenamiento español, incrementándose el interés por su estudio y

⁴³⁰ Al efecto, FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.* p. 239, señala que integra la facultad que permite atribuir en un conjunto más amplio de disposiciones testamentarias, que pueda aconsejar el caso concreto tales como la prohibición de partir los bienes por un tiempo determinado, administración de la herencia, concesión al viudo el usufructo universal, pago en metálico las legítimas o legados de participaciones. *Vid.* HUALDE MANSO, T., *op. cit.*, p. 634. Nos parece interesante la posibilidad que propone para solucionar el conflicto que puede originar el patrimonio fiduciario con los derechos legitimarios, dado que todo patrimonio fiduciario ha de designar a los beneficiarios del mismo, se podría entender cumplido el pago de las legítimas mediante la percepción periódica de los rendimientos que genera la explotación del negocio constituido en fiducia. Se trataría de un pago en metálico de la legítima con cargo a bienes extrahereditarios y mediante pagos aplazados. Con esta solución se conciliarían dos finalidades: la de planificación sucesoria y la de continuidad en la explotación del negocio.

aplicación práctica como instrumento idóneo para favorecer la continuidad de las empresas familiares. Es un instrumento muy utilizado en países anglosajones porque su derecho es flexible y permite adaptarlo a las situaciones y circunstancias concretas, sin embargo tiene peor encaje en sistemas romano-germánicos como el nuestro.

A pesar de que es un instrumento que sirve para garantizar la continuidad de la empresa-instrumento conciliador y garante-, y se reconoce su importancia y utilidad, la primera y única normativa sobre el mismo, lo constituye el Real Decreto 171/ 2007 de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares⁴³¹. En este sentido, viene a suponer el reconocimiento general de la empresa familiar como elemento esencial de la economía de los países desarrollados. A este respecto, el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar del año 2001 señalaba que: “la doctrina especializada, ha puesto de relieve la íntima conexión existente entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar, ya que ello supone la necesidad de prever con anterioridad la planificación estratégica del cambio generacional, la búsqueda del consenso en el ámbito de la familia y en el propio ámbito empresarial, la separación necesaria de los patrimonios y los criterios familiares y los puramente empresariales y en definitiva, la participación de la siguiente generación en las tareas que hasta entonces desarrolló el fundador”. Y continua diciendo que tal instrumento debe ser considerado per se, como un punto de partida, no como un fin en sí mismo, al limitarse tan solo a establecer el marco en el que deberán desarrollarse las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad, por lo que no puede recoger las particulares situaciones en que se encuentran las empresas familiares.

Finalmente, y como clara advertencia, se recomienda al conjunto de las empresas familiares, de la relevancia que puede adquirir la formalización de un Protocolo familiar. No olvidemos que constituye per se, el acuerdo que configura el marco de desarrollo y fija las reglas del juego. Es el instrumento más adecuado para entre otras finalidades: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; regular la transmisión de acciones y

⁴³¹ Si bien, como indican DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., *op. cit.*, p. 63, es una mínima regulación puesto que la finalidad del texto legislativo es posibilitar que las empresas no cotizadas puedan publicar en el Registro Mercantil sus protocolos.

participaciones sociales, y en general prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas, de tal manera que a la vez que garantice la continuidad, concilie el interés de la familia y de la empresa y así, puedan desarrollarse a nivel empresarial y conseguir una posición óptima en el mercado.

Si bien, la primera alusión a los protocolos familiares en el ámbito normativo lo encontramos en el derecho de la Unión Europea en relación con la transmisión de las PYMES, concretamente en la Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas de 28 de marzo de 1998, que considera a los protocolos familiares como una forma de favorecer la continuidad de la empresa, resolviendo en parte los problemas derivados del proceso de sucesión en la misma aunque refiere que el alcance de esta solución es menor en los ordenamientos donde se mantiene la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión.

Que el protocolo familiar contribuye a la continuidad de la empresa familiar y a la armonía familiar es indudable⁴³². Precisamente la voluntad de evitar las desavenencias⁴³³ familiares y empresariales, y de mantener la paz en ambos contextos, es lo que ha llevado a una práctica que va en aumento en nuestro país. Planificar el desarrollo de la transmisión en los dos ámbitos, garantiza, o al menos, posibilita, la continuidad de la empresa.

Al igual que la sucesión debe concebirse como un proceso en los términos referidos en el capítulo primero, el protocolo familiar también conlleva un proceso de elaboración en el que participarán los miembros de la familia empresaria y requerirá un alto compromiso para culminar con la redacción del documento y lograr la efectividad que se pretende⁴³⁴. Y es que el protocolo nace de la voluntad de las partes de autorregular las relaciones entre familia y empresa y con la finalidad de preservar conflictos futuros. Así, en el protocolo se establecen principios, compromisos, derechos y deberes para la familia propietaria. Se puede definir como un acuerdo de voluntades

⁴³² Vid. RODRÍGUEZ APARICIO, J. A.: “El protocolo familiar”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*. AA.VV. (Coord. VICENT CHULIÀ, F.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2004, p. 287.

⁴³³ En términos de EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 5.

⁴³⁴ Vid. CORONA, J. TÉLLEZ ROCA, J.: “El protocolo familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, p. 809, si el documento no ha ido precedido del proceso de comunicación intrafamiliar, no habrá tenido en cuenta los aspectos emocionales, estratégicos, empresariales y patrimoniales propios de cada familia empresaria, y no fundará, por tanto, el compromiso que se precisa.

consensuado y unánime, desarrollados entre los miembros de una familia y la empresa a modo de un código de conducta que regule las relaciones entre ambas⁴³⁵.

El protocolo ayuda a facilitar las relaciones entre familia- propiedad-empresa y establece mecanismos preventivos frente a los conflictos. A tal efecto, el objetivo principal⁴³⁶ que persigue el protocolo familiar es implantar el marco en el que de manera estable se pueden desarrollar estas relaciones. Y es que el fin último de las estipulaciones del protocolo es mantener el control de la empresa en manos de la familia, evitando la entrada de personas ajenas a la propiedad.

Sin duda, se trata, en definitiva de planificar el futuro de las relaciones de la familia con la empresa y el cambio generacional, tanto en la gestión como en la propiedad⁴³⁷. De este modo, el protocolo se ocupa de tres aspectos fundamentales: la organización de la empresa familiar, la regulación de sus operaciones y la regulación de su extinción. En este último, frente al riesgo de extinción de la empresa, la única solución que existe es la de asegurar la sucesión en la misma⁴³⁸.

Los negocios que se celebren deben ser conexos y el protocolo ser integrador de todos ellos. Además, una vez firmado será necesario revisar-o en su caso preparar-las capitulaciones matrimoniales y el testamento del fundador y de sus herederos, así como los estatutos de la sociedad pues estos son necesarios para ejecutar el contenido del protocolo familiar⁴³⁹.

Aún así, estudios recientes en nuestro país señalan que el protocolo familiar solo se ha formalizado por escrito en el 9% de las empresas familiares españolas y muchas

⁴³⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., *op. cit.*, p. 296, señala que partiendo del protocolo familiar se integran negocios jurídicos típicos de diversa naturaleza creando figuras a medida que son utilizadas para construir el edificio general de la sociedad familiar. Igualmente, NOGALES LOZANO, F.: *Empresas familiares: La profesionalización de los Consejeros de Familia*, *op. cit.*, p. 34, el protocolo familiar ha de consensuar el conjunto de normas a partir de las cuales la familia empresaria se gobierna internamente.

⁴³⁶ SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, *op. cit.*, p. 1063.

⁴³⁷ SÁNCHEZ –CRESPO CASANOVA, A. J.: “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, *op. cit.*, p. 100.

⁴³⁸ VICENT CHULIÁ, F.: “Protocolo familiar, organización jurídica y relevo generacional de la empresa familiar”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA. VV. (Coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 132.

⁴³⁹ Al respecto, resulta ilustrativa la comparación que realiza PROSPER MÁNGLANO, F., *op. cit.*, p. 35, como “Ley de Bases” que ha de completarse mediante el progresivo desarrollo de los correspondientes “Reglamentos”.

veces los miembros de la empresa familiar han utilizado distintos instrumentos jurídicos, de manera independiente y en ocasiones descoordinada⁴⁴⁰

2. Concepto y naturaleza jurídica del protocolo

Lo que caracteriza a la empresa familiar es precisamente su connotación familiar y por consiguiente la afectación que se deriva de la complejidad de las relaciones familiares. De esta manera empresa y familia conviven y, al igual que hay empresa familiar, también hay familia empresaria, así, al conjunto de pactos intrasocietarios y familiares se denomina protocolo familiar⁴⁴¹. Este, constituye uno de los instrumentos más adecuados, sino el más, para regular estos dos ámbitos -empresa y familia-, y como acuerdo marco de la empresa, trasciende más allá de las generaciones firmantes del protocolo, siendo el vínculo de unión de todas ellas.

También es importante establecer las reglas que permitan separar el patrimonio empresarial de los patrimonios personales de los miembros de la familia empresaria, así como las reglas que delimiten las funciones de los órganos empresariales de los propiamente familiares. Por ello, el protocolo se configura como una necesidad para establecer las reglas que regirán la familia y la empresa, sin que ninguna de ellas quede desplazada por la otra y de la gestión de estas relaciones dependerá en gran parte la continuidad de la misma⁴⁴².

Como acuerdo que se adopta voluntariamente y que nace del consenso entre los miembros de la familia para ser cumplido, tiene como características claves la aprobación unánime y constituirse como documento dinámico y flexible.

Basándose en el modelo de los tres círculos de la empresa familiar, y de los que nos ocupamos al principio de este trabajo, en el artículo 2.1 del Real Decreto 171/ 2007

⁴⁴⁰ LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M., *op. cit.*, p. 76.

⁴⁴¹ En este sentido, el consultor italiano, Alfredo Ambrosetti equipara el protocolo familiar para una empresa a lo que es para un estado su constitución o para una compañía sus estatutos. *Vid.* TOMASELLI, S. en Maestros en empresa familiar (Coord. ARAGÓN AMONARRIZ, C.) Universidad de Deusto. Bilbao, 2004, cit. p. 69. También, NOGALES LOZANO, F.: *Empresas familiares: La profesionalización de los Consejeros de Familia*, *op. cit.*, p. 108, El protocolo familiar se comporta a modo de una constitución familiar, contempla todos aquellos ámbitos que son fundamentales para garantizar el buen gobierno y continuidad de la empresa familiar.

⁴⁴² Una de las notas que caracteriza a las empresas familiares longevas es precisamente la correcta gestión de las relaciones familia-empresa. TÁPIES, A. Y CHINER, A.: *El protocolo familiar, ámbito y contenido*, nota técnica DGN- 640, IESE Business School, 2004, definen el protocolo familiar como el acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservarlos en el tiempo, regulando la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.

se define por protocolo familiar *aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.*

Bien es verdad que no existe unanimidad en cuanto al concepto de protocolo familiar, si en cambio, en el objetivo que tiene de establecer las directrices de la empresa. En un sentido amplio puede definirse como un documento o un conjunto de documentos otorgados por un empresario o varios empresarios titulares de una empresa familiar y toda o parte de la familia de los mismos, donde se regula un negocio jurídico complejo o contrato parasocial complejo que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular⁴⁴³.

GARRIDO DE PALMA⁴⁴⁴ lo define como el acuerdo entre los familiares propietarios de la empresa por el que se comprometen a organizar la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la empresa familiar en su conjunto. Lo caracteriza de contrato marco y contrato normativo porque ha de fijar el régimen uniforme y general al que se han de ajustar los negocios futuros.

Debemos partir de la premisa de que no existe un tipo único de empresa familiar, por lo que no puede diseñarse un protocolo familiar “tipo” capaz de contemplar toda la casuística inherente a estas empresas. En este sentido, los protocolos familiares son expedientes de autorregulación de la empresa familiar, por lo que el protocolo variará en función de las circunstancias de cada empresa familiar⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Definición dada por FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *op. cit.*, p. 291..

⁴⁴⁴ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, *op. cit.*, p. 1037. Señala que es un compromiso de la familia con su empresa, compromiso que es esencialmente jurídico ante todo. Es el acuerdo que sienta las bases organizativas de la propiedad y el gobierno, el trabajo y la gestión en la empresa; encauzando la sucesión en ella. GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales”, *op. cit.*, p. 407 y 408.

⁴⁴⁵ ALVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar; economía familiar y sucesión hereditaria*, *op. cit.*

Cualesquiera que sea la definición que se adopte de protocolo familiar podemos destacar que es el documento básico o marco de la empresa donde los integrantes de la familia se proponen encauzar los problemas que puedan afectar a su continuidad, con la previsión de cláusulas cuyo alcance se pretende que obliguen también a sus sucesores.

Por lo que respecta a la naturaleza contractual del protocolo, es esta controvertida. Parece ser más un acuerdo marco, pues necesita de otros instrumentos para su desarrollo⁴⁴⁶. En todo caso, solo podría admitirse la naturaleza contractual de alguna estipulación que se contenga en el protocolo, sin que ello pueda predicarse de la totalidad del documento⁴⁴⁷.

Nos parece muy esclarecedora la exposición que realiza BAREA MARTÍNEZ⁴⁴⁸ en este sentido respecto a la naturaleza del protocolo familiar, en la que destaca su naturaleza poliédrica o múltiple y así “(1) es un negocio jurídico atípico, nominado, familiar y patrimonial aun tiempo, plurilateral en el caso más frecuente, si bien puede plantearse el caso de un protocolo formado unilateralmente formado por un único fundador, inter vivos, oneroso, con elementos tanto conmutativos como aleatorios, consensual o no solemne, principal y potencialmente generador de negocios conexos o coligados. (2) Es un negocio jurídico de contenido heterogéneo y complejo, lo que resulta coherente con su frecuente vocación totalizadora, es decir, con su frecuente

⁴⁴⁶ En este sentido, MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, op. cit., p.149, “el protocolo familiar no tiene una naturaleza contractual sino que se trata de una declaración de intenciones o acuerdo marco con más trascendencia moral o ética que jurídica, que se vería desarrollado por diferentes acuerdos más concretos que si encajarán en las diferentes figuras contractuales y que tendrán eficacia jurídica obligacional entre sus firmantes”. Al respecto, GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T.I AA.VV.(Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2010, p. 463, señala que es un documento jurídicamente incompleto, al tener que ser desarrollados algunos de sus aspectos a través de otros documentos, como el testamento o las capitulaciones matrimoniales, en ocasiones ciertos pactos que se incorporan han de ser ejecutados por alguno de los miembros de la familia, sin que tal ejecución pueda ser instada por los demás firmantes del protocolo. Pone de ejemplo este autor la cláusula en la que uno de los firmantes se obliga a hacer testamento en un determinado sentido. Por eso lo explica como una caja de herramientas y no una herramienta en si misma que comprende distintos instrumentos jurídicos y en cuanto excede del ámbito contractual para entrar en el de la sucesión por causa de muerte, el ámbito familiar, los actos a título gratuito o el ámbito estrictamente social se puede encontrar con obstáculos a su eficacia o incluso su validez. También señala que todo ello puede ser debido a que se ha importado un documento del modelo anglosajón que debe ser adaptado a nuestro sistema para lograr la máxima eficacia. Esta misma opinión la mantiene BALLESTER COLOMER, J. E.: “El protocolo familiar”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2006, p. 206, considera que los protocolos familiares nos son apropiados para nuestro sistema jurídico por ser una institución que no encaja en nuestro ordenamiento.

⁴⁴⁷ SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, op. cit., p. 356.

⁴⁴⁸ BAREA MARTÍNEZ, M. T., op. cit., p. 102.

pretensión de ordenar, prever y solucionar, unitaria y globalmente, todos los problemas que pueden surgir en el seno de la empresa familiar. 3) Es una suerte de acuerdo-marco, que no se agota en sí mismo, sino que, antes al contrario, necesita ser ulteriormente desarrollado concentrado por otra pluralidad de actos y negocios jurídicos de la más variada índole, algunos de ellos, en ocasiones, conexos o coligados entre sí. 4) En el supuesto específico de las empresas familiares configuradas bajo forma societaria, el protocolo familiar es un pacto ajeno al contrato social, parte de cuyo contenido responde al concepto técnico de pacto parasocial. 5) Es un instrumento estable y, al mismo tiempo, dinámico, en el sentido de que debe ser revisado cada cierto tiempo para adaptarlo a las nuevas circunstancias familiares y empresariales. 6) Consecuentemente con su heterogéneo y complejo contenido, el protocolo familiar tienen una eficacia variable o heterogénea, que va desde el alcance meramente moral de algunos de sus pactos contractuales, pasando por la transcendencia institucional de los pactos que acaban siendo trasladados a los estatutos de la sociedad familiar”.

3. Contenido

Los pactos del protocolo pueden ser muy heterogéneos puesto que se compone de una parte familiar y otra gran parte empresarial y así podemos encontrar un contenido familiar y sucesorio y otro contenido societario. Al poder ser múltiples las materias que pueden contemplarse, se convierte en un instrumento multidisciplinar⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ En este sentido señala GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, op. cit., p. 459, que el contenido del protocolo es tan amplio y variado como las necesidades de la familia y la empresa. En la misma línea, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 78. Puede incluirse cualquier pacto que tienda a lograr “un modelo de comunicaciones y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”. El protocolo debe adaptarse a cada familia, sin embargo, señala AMAT, J. M. en AA.VV.: *La sucesión en la empresa familiar. Casos reales narrados por sus protagonistas* (Coord. AMAT, J. M.) Ed. Deusto. Barcelona, 2004, p. 72 que como regla general, se pueden incluir los siguientes aspectos:

- Misión y valores de la familia y su transmisión a través de la empresa familiar.
- Definición del credo, código ético y código de comportamiento para los miembros de la familia y para la empresa.
- Objetivos, funciones, composición, normas de funcionamiento y criterios para la incorporación de familiares a los órganos de gobierno (consejo de familia, consejo de administración).
- Políticas y normas que afectan a los familiares que son accionistas de la sociedad (acceso al capital social, tipos de accionistas, remuneración a accionistas, transición de acciones).
- Políticas y normas que afectan a los familiares que quieren incorporarse a la empresa familiar (requisitos de entrada, normas para la realización de la solicitud, procedimientos para la realización de la selección).
- Políticas y normas que afectan a los familiares que están trabajando en la empresa familiar (política de retribución, criterios para la evaluación del desempeño y política de promociones, plan de formación, jubilación y duración en el cargo).
- Política de sucesión.

De esta forma, conviven estipulaciones vinculantes y otras que son meras declaraciones de intenciones, si bien el contenido principal del protocolo son cláusulas relativas a derechos y obligaciones de las personas que lo suscriben aunque al tratarse de acuerdos *inter partes*, y sin perjuicio de lo que comentaremos con relación a su eficacia jurídica, su contenido no es oponible frente a terceros. Para ello, deberá desarrollarse y concretarse en capitulaciones matrimoniales, testamento, pactos sucesorios- en los ordenamientos en los que se admitan- o los propios estatutos dependiendo de cada caso y por esta razón forma parte del contenido-como destacable- el régimen de transmisión de acciones o participaciones sociales, *inter vivos* o *mortis causa* y su vinculación con el régimen económico matrimonial y el derecho de sucesiones⁴⁵⁰.

Por otra parte, la partición de la herencia puede realizarse en un protocolo familiar, participando los favorecidos, si bien quedará supeditada al testamento y a su carácter revocable. Deberá además, respetar los límites del derecho sucesorio aplicable, en particular los que deriven de las legítimas⁴⁵¹, y sin olvidar las prohibiciones de los arts. 670 y 830 CC.

Existen materias que por su contenido no pueden ser objeto de protocolo. En el ámbito civil debemos considerar la prohibición de los pactos sucesorios aunque nos encontramos con que muchas de sus cláusulas se han estipulado a modo de pacto sucesorio encubierto en el sentido de que sus firmantes se obligan a otorgar testamento en un determinado sentido, si bien, su validez en derecho común quedaría desvirtuada por lo dispuesto en el art. 1271.2 CC. Suele ser habitual incluir cláusulas en virtud de las cuales los firmantes del protocolo se comprometen a adoptar las medidas legales necesarias para asegurar el cumplimiento y la plena eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados en el mismo⁴⁵². En relación a ello, es frecuente incorporar en el protocolo cláusulas penales para el caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas y ha sido contemplada en la Disposición final Segunda del RD 171/2007 por la que modifica el art. 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil para admitir, siempre que el

⁴⁵⁰ En este sentido, EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 7, señala que el protocolo es un instrumento muy útil para fijar la política de transmisión de las acciones o participaciones sociales que garantice el mantenimiento de control de la empresa dentro del círculo familiar.

⁴⁵¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del código civil”, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁵² *Vid.* GARCÍA ROSS, J. J., TÉLLEZ ROCA, J., *op. cit.*, p. 668.

protocolo adopte el concepto y forma que se establece en la norma, la inscripción de *las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*⁴⁵³.

También, lo que es importante incluir es la previsión de actualizaciones periódicas del protocolo familiar al igual que especificar el régimen jurídico al que quedarán sometidas las futuras modificaciones del protocolo familiar⁴⁵⁴. Se trata en todo caso, de que se incluyen pactos de conservación y continuidad de la empresa familiar.

Un contenido discutible del protocolo es el concerniente a los compromisos sobre régimen económico matrimonial, en concreto el pacto por el que se impone a los miembros de la familia que estén implicados en la empresa la obligación de estipular con sus cónyuges un determinado régimen, que suele ser el de separación de bienes. Este pacto no es válido y no podrá exigirse su cumplimiento. Cuestión distinta es que estar casado bajo un determinado régimen económico matrimonial sea requisito para adquirir acciones o participaciones sociales o incluso podría plantearse la posibilidad de establecer como causa estatutaria de exclusión del socio el hecho de contraer matrimonio bajo un determinado régimen económico⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Al respecto, VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 133, es válida la cláusula inserta en el protocolo familiar (transcrita en los estatutos de la sociedad familiar) que prohíbe transmitir las acciones o participaciones al socio que no suscriba el protocolo familiar debidamente publicado a través del Registro Mercantil, en concepto de prestación accesorio. De esta manera se asumen las obligaciones del protocolo familiar.

⁴⁵⁴ Al respecto, BAREA MARTÍNEZ, M. T., *op. cit.*, p. 119-120, “en principio si no se dice otra cosa, el protocolo familiar solo podrá ser modificado con el consentimiento unánime de los firmantes. Pero debe ser admitido el pacto que permite la modificación del protocolo por mero consentimiento mayoritario de los firmantes, en la proporción que libremente se determine, siendo posible atribuir tal competencia en exclusiva al comité competente para estudiar las actualizaciones al que antes hice alusión. Lo más frecuente y aconsejable en la práctica es que se exija una mayoría cualificada para la modificación del protocolo, evitando así que la unanimidad bloquee las actualizaciones y que una mayoría demasiado laxa perjudique la necesaria estabilidad de los acuerdos familiares”.

⁴⁵⁵ En opinión de BAREA MARTÍNEZ, M. T., *op. cit.*, p. 134, debe ser rechazada de plano la validez de semejante pacto, de modo que, en caso de establecerse, su eficacia no podrá ser otra que la de un mero ruego o desiderátum y nunca podrá exigirse su cumplimiento forzoso ni reclamarse indemnización o pena de ningún tipo por su inobservancia. Y ello porque el régimen económico-matrimonial está fuera del comercio de los hombres (esto, es fuera de las posibilidades de negociación y pacto de todas las personas ajenas al matrimonio en cuestión) y, por tanto, no puede ser objeto de contrato por terceros distintos de los cónyuges. Además, siendo las capitulaciones matrimoniales un negocio jurídico bilateral, si el cónyuge no implicado en la empresa familiar fuese quien no consintiese en otorgar aquellas en los

Otro contenido conflictivo es en relación a la ordenación de la sucesión, en concreto el pacto por el que los firmantes del protocolo familiar se obligan a otorgar testamento instituyendo a determinado heredero. Al igual que ocurre con el régimen económico matrimonial, este pacto no será válido⁴⁵⁶.

II. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO SOBRE EL RÉGIMEN ECÓNOMICO MATRIMONIAL Y ASPECTOS SUCESORIOS

El protocolo familiar puede tener incidencia en los regímenes económicos de los miembros de la familia empresarial. Así, con la finalidad de preservar la unidad de la empresa, y que las distintas situaciones matrimoniales no la afecten, es frecuente establecer la obligación a sus firmantes de contraer matrimonio en régimen de separación de bienes para no generar un patrimonio común y evitar el conflicto que pueden presentar otros regímenes, en especial el de la sociedad de gananciales. Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de señalar, estos pactos tienen limitaciones en cuanto a su exigibilidad, puesto que al depender la elección del régimen económico del matrimonio de la voluntad de ambos cónyuges, no se puede imponer al cónyuge no firmante del protocolo, la obligación de contraer matrimonio bajo un régimen concreto, y en este caso, no podrá exigírsele responsabilidad al cónyuge suscriptor, al ser la causa del incumplimiento la voluntad del otro cónyuge y no la suya que deseaba cumplir con lo establecido en el protocolo.

Por ello, en lugar de obligar a estipular un régimen económico matrimonial concreto, el protocolo puede exigir el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales para modificar el régimen y excluir determinadas consecuencias negativas para la empresa. Si se pretende que las previsiones en esta materia resulten eficaces, es necesario e imprescindible el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Cuando la adopción de determinado régimen económico matrimonial se constituye como obligación para los sucesores y su incorporación a la empresa depende de su cumplimiento, la elección del régimen económico se convierte en cuestión esencial para la ordenación de la empresa.

términos previstos en el protocolo, el incumplimiento de este no sería imputable al firmante del protocolo familiar.

⁴⁵⁶ BAREA MARTÍNEZ, M. T., *op. cit.*, p. 136, si es posible incluir en el protocolo familiar las dos previsiones siguientes: 1) Un acuerdo sobre la distribución de las acciones, participaciones o cuotas de la empresa familiar, con el valor de la partición hecha por el propio testador prevista en el art. 1056.1 CC, al que se remite el art. 1271.2 CC. 2) Y un acuerdo para incluir en los estatutos sociales cláusulas limitativas de la transmisión mortis causa de las acciones o participaciones sociales.

Ahora bien, hemos de advertir que el protocolo familiar, como instrumento organizador de la sucesión de la empresa tiene más sentido en los sistemas donde se admiten los pactos sucesorios que en aquellos otros como el nuestro en que se prohíbe el pacto sobre la herencia futura (art. 1271.2 CC)⁴⁵⁷.

Al ser en nuestro ordenamiento el testamento el instrumento en el que se recoge la declaración de voluntad de la persona de disponer de sus bienes para después de su muerte y con el propósito de dar cumplimiento a lo acordado en el protocolo sobre la sucesión, se obliga a los firmantes a otorgar testamento en un determinado sentido, y generalmente se concreta en la obligación de no dejar la empresa en herencia a personas ajenas al grupo familiar. Sin embargo, las estipulaciones en este sentido suponen una limitación a la libertad de testar -no admitida en nuestro ordenamiento jurídico-, pudiéndose además considerar pactos sobre herencia futura, y que a excepción de los particionales no tienen validez en derecho común⁴⁵⁸.

De ello puede deducirse que el testador firmante del protocolo puede redactar su testamento sin consideración a las previsiones que contiene el protocolo y su inadecuación no conllevaría ninguna sanción jurídica⁴⁵⁹. Lo que si puede incorporarse al testamento son ciertas condiciones al heredero en la sucesión de la empresa para dar cumplimiento a lo establecido en el protocolo familiar.

Los pactos que suele incluir el protocolo en este aspecto son, principalmente, los relativos a la transmisión de la empresa a todos o alguno de los coherederos, con prohibición de dividirla; la exclusión del control de la empresa de ciertos legitimarios; la distribución del usufructo y la nuda propiedad; elección del régimen económico matrimonial; preliquidación de la sociedad de gananciales; irrevocabilidad del testamento; obligación de otorgar testamento en un determinado sentido; o la fijación de condiciones a la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales.

En cualquier caso, la ejecución del protocolo implicará la redacción de los testamentos del emprendedor y en su caso de su cónyuge -al no admitirse en nuestro

⁴⁵⁷ Al respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 34, señala la necesidad de reforma del derecho de sucesiones, mientras tanto la institucionalización del protocolo familiar en nuestro derecho es una solución insuficiente

⁴⁵⁸ Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, op. cit., p. 1105.

⁴⁵⁹ Obsérvese que la previsión de cláusulas penales o indemnizatorias limitarían también la libertad de testar y serían consideradas ineficaces

ordenamiento el testamento mancomunado (art. 669 CC)-, de modo que permitan asegurar la mejor sucesión en el patrimonio empresarial.

No quiero dejar de referirme a los llamados *protocolos de crisis sucesorias* son relevantes y tenerlos previstos evitara decisiones inadecuadas y enfrentamientos intrafamiliares ante la muerte del sucesor. Estos protocolos deben estar articulados y documentados en el protocolo familiar para que puedan ponerse en funcionamiento si fuera necesario. De esta manera el proceso sucesorio se podrá reconducir de una manera más eficaz y ordenada.

Ahora bien, el protocolo familiar no evita el proceso de sucesión ni garantiza su éxito, ni que el conflicto surja, sin embargo ha podido constatarse que aquellas empresas que cuentan con un protocolo resuelven mejor los problemas que conlleva el proceso de sucesión⁴⁶⁰.

III. LIMITACIONES DE LOS PROTOCOLOS EN CUANTO A SU EFICACIA JURÍDICA

El protocolo fija los criterios que los firmantes aceptan sobre disposiciones testamentarias y sobre capitulaciones matrimoniales para asegurar la sucesión en la empresa. Se configura así como un contrato generador de obligaciones para los sujetos firmantes, sin embargo se plantea el problema de garantizar el cumplimiento de las previsiones que se contienen en el.

Con la firma del protocolo se asume su contenido pero comienza la fase de ejecución del mismo, en la que se hace necesario concluir los correspondientes negocios jurídicos para dar cumplimiento a lo acordado en el mismo. Requiere así, para su correcta perfección, ejecución y desarrollo entre otros instrumentos, de testamento y capitulaciones matrimoniales⁴⁶¹.

Por esta razón, el protocolo tiene una eficacia jurídica limitada al requerir que se ejecute en otros instrumentos jurídicos, y es precisamente el aseguramiento de su

⁴⁶⁰ En relación a ello, la constitución de un comité de seguimiento del protocolo familiar puede ser conveniente para las empresas que suscriben por primera vez el protocolo. Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, op. cit., p. 345, está destinado a resolver los problemas prácticos de aplicación del protocolo familiar, detectar los fallos en su redacción y elevar las propuestas de modificación que considere oportunas para lograr una mayor efectividad del mismo.

⁴⁶¹ Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, op. cit., p. 1127.

Son negocios autónomos y subordinados al protocolo familiar. Vid. SERRANO CAÑAS, J. M. op. cit., p. 45. Es lo que ha denominado ALAVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar; economía familiar y sucesión hereditaria*, op. cit., p. 80, “negocios satélites” del protocolo.

eficacia, la preocupación principal que se deriva de los protocolos familiares. De ahí que su naturaleza jurídica haya sido discutida por la doctrina, encontrándonos con que el cumplimiento forzoso de su contenido deviene imposible, por lo que se situaría fuera del ámbito contractual y nos encontraríamos ante acuerdos con contenido ético o moral, cuyo incumplimiento no generaría responsabilidad, afectando tan solo a la esfera personal del incumplidor⁴⁶².

Además, ciertas previsiones contenidas en el protocolo colisionan con las normas de nuestro ordenamiento, principalmente en lo que a materia sucesoria se refiere⁴⁶³. De lo que resulta que las estipulaciones contenidas en el protocolo sobre la sucesión *mortis causa* o régimen económico matrimonial tengan una eficacia relativa muy limitada, tanto por el ejercicio de la autonomía privada, como por la prohibición en nuestro ordenamiento de los pactos sucesorios, y al no constituir el protocolo un instrumento jurídico adecuado para regular ciertas materias. Se hace necesaria la armonización entre protocolo familiar y ordenación sucesoria y familiar de los miembros de la empresa familiar, para que la finalidad que se persigue con el protocolo pueda conseguirse.

A pesar de ello, si puede tener relevancia a efectos de planificar la sucesión la distribución que se realice en el protocolo de la propiedad de las acciones o participaciones sociales y distribución de las acciones y bienes de la empresa por cada rama familiar en previsión al porcentaje de propiedad que la segunda o ulteriores generaciones tendrán, para garantizar el mantenimiento del control de la empresa dentro del círculo familiar. De ahí que sea compatible otorgar un protocolo familiar y un pacto sucesorio -en aquellos ordenamientos que lo permitan- para planificar la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar⁴⁶⁴.

⁴⁶² Vid. SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, op. cit., p. 1069.

⁴⁶³ Vid. ROCA JUNYENT, M., op. cit., p. 35, el problema que plantea el protocolo familiar es el del valor jurídico-obligacional.

⁴⁶⁴ En este sentido, DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., op. cit., p. 63 y 70, “el que en el pacto se pueda estipular que el futuro sucesor se obliga a trabajar, dirigir y velar por la continuidad de la empresa, es una forma de dar una garantía añadida de que realmente se cumplirá la finalidad última del pacto”.

Podemos afirmar de lo expuesto que el protocolo familiar no debe utilizarse como un instrumento sucesorio y/o económico familiar encubierto pero tampoco como un instrumento al margen de la reglamentación familiar⁴⁶⁵.

Una posibilidad para solucionar los problemas planteados relativos a la eficacia del protocolos sería la de encauzar las previsiones protocolarias por la vía de las prestaciones accesorias, obligando a los socios, a través de los estatutos sociales, al cumplimiento de determinadas obligaciones coincidentes con el protocolo⁴⁶⁶.

El Real Decreto 171/2007 refuerza la eficacia de los protocolos mediante la posibilidad del recurso a la publicidad, si bien, esta es voluntaria. Publicidad que se articula por dos vías:

- La publicidad material del protocolo, con inscripción de las cláusulas que contiene, según art. 7.
- Publicidad noticia, a ella se refiere el art. 5, en el sentido que *da a conocer la existencia de un protocolo familiar pero no su contenido, y que por su propia definición no entraña la calificación de sus cláusulas, no genera un efecto de publicidad material, ni, mucho menos, garantiza su cumplimiento. Sólo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado, y como tal cláusula estatutaria inscrita obligaría a todos los socios.* (y como ya puso de manifiesto la RDGRN 30 septiembre 2008)⁴⁶⁷.

El órgano de administración de la empresa es el competente para decidir sobre la publicación del protocolo familiar y no podrá inscribirse más de un protocolo por

⁴⁶⁵ Vid. ALVAREZ LATA, N.: “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, *op. cit.*, p. 602. Al respecto, CUCURULL POBLET, T., *op. cit.*, p. 122, opina que es responsabilidad de la familia decidir qué eficacia jurídica pretende darle al protocolo familiar. Para ello, deberá adoptar o buscar los mecanismos jurídicos complementarios que sean necesarios para que el contenido de los pactos que deseen introducir tenga la fuerza jurídica necesaria para obligar a su cumplimiento. El carácter obligacional de este documento estará en función del tipo de acuerdo que se incluyan en él.

⁴⁶⁶ En este sentido, DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar: Naturaleza y eficacia,” en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, p. 181, señala la posibilidad de la técnica de las “prestaciones accesorias”, distintas de las aportaciones de capital e impuestas a los socios por vía estatutaria, que garantizan la adhesión al protocolo familiar por parte de los nuevos socios y el efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo.

⁴⁶⁷ Establece esta resolución una tercera vía, la del art. 6 del RD 171/2007, en virtud de la cual al depositar las cuentas anuales el órgano de administración puede incluir, entre la documentación correspondiente, una copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad, en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar.

cada sociedad. En cualquier caso, no se debe pretender la inscripción del protocolo familiar completo, al ser pactos de familia relativos a su empresa que se caracterizan por su naturaleza reservada sino que se trata de inscribir determinados pactos del protocolo que afecten a la transmisión de acciones o participaciones sociales, prestaciones accesorias y limitaciones al derecho de voto⁴⁶⁸.

Obsérvese que el título inscribible en el Registro Mercantil no es el mismo protocolo familiar sino los títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Vid. GARRIDO DE PALMA, V. M., *La familia empresaria ante el Derecho* en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, *op. cit.*, p. 92-93.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, *op. cit.*, p. 172.

CAPÍTULO TERCERO: ALTERNATIVA A LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA. LOS PACTOS SUCESORIOS O “CONTRATOS SUCESORIOS”

I. LIBERTAD CONTRACTUAL Y OPCIONES DEL CAUSANTE

1. Revocabilidad testamentaria *versus* vinculación contractual

En algunos Derechos civiles forales se admite la figura del pacto sucesorio como instrumento para la ordenación y atribución del patrimonio. Mientras que el art. 658 CC solo contempla dos modos de deferir la sucesión: por testamento o por disposición legal y el art. 1271 CC prohíbe expresamente los pactos sobre herencia futura, lo que supone una limitación a la autonomía de la voluntad del causante⁴⁷⁰. La sucesión paccionada como forma de delación se contempla en el art. 181 apartado 2º de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG) que dispone que *la sucesión se defiere, en todo o en parte, por: Cualquiera de los pactos sucesorios admitidos conforme al derecho.*

También en el Derecho catalán el título preferente es el heredamiento, luego el testamento y finalmente la sucesión intestada, tal como dispone el art. 411-3 CCCat y en algunas legislaciones, como la vasca, rige la compatibilidad entre la sucesión paccionada y la testada, e incluso entre la intestada⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ En este sentido, HERRERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. AA.VV. (Coord. GARCIA RUBIO, M. P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2009, p. 444, señala que “son de sobra conocidos los motivos que han provocado la animadversión hacia los denominados pactos sucesorios, pero todos ellos pueden encuadrarse en la existencia de una “moral sucesoria” y de un “orden público sucesorio” que impedian su admisión.” A este respecto, matiza FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 135, que “en el sistema de Derecho Común no están prohibidos los concretos pactos sucesorios concretos sobre bienes determinados, está prohibida la sucesión contractual como forma de delación junto con las donaciones mortis causa y el testamento mancomunado incluso de cónyuges (arts. 669 y 773)”.

Respecto al problema que puede plantear el pacto de continuación de la sociedad entre los socios sobrevivientes por su contradicción con la regla general que prohíbe la sucesión contractual, art. 1271.2 CC, *vid.* MESA MARRERO, C.: “Pactos con transcendencia sucesoria en la sociedad civil” en *Anuario de Derecho Civil*, t. 67, fas. III, 2014, p. 909, explica que es el derecho a la partición o liquidación que se reconoce a los sucesores del socio causante por el art. 1704 CC lo que permite que el pacto social no viole la regla anterior. Distinta, como expone, es la situación que se plantea cuando el pacto social prevé la continuación de la sociedad con una persona determinada que sucederá al causante en su condición de socio. Aquí sí podría contravenir el tenor del art. 1271 CC, p. 925.

⁴⁷¹ GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 1287, concluyen que la admisión de este tipo de vocación no es más que una de las manifestaciones de los principios que informan el Derecho sucesorio gallego: dotar cauces que propicien la conservación del patrimonio familiar eludiendo la

Así, el art. 1271 párrafo 2º CC tras prohibir los pactos sobre herencia futura, dispone después de la reforma por la Ley 7/2003, que *sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.2*. Están prohibidos los pactos sucesorios que permiten una sucesión pactada con los futuros herederos a la transmisión hereditaria en vida del causante.

Aunque algún sector de la doctrina ha intentado ver en este precepto una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios, se trata de un acto unilateral realizado por el causante, que en todo caso será revocable. No cabe duda que el legislador en aquel momento perdió una gran oportunidad para admitir los pactos sucesorios y no limitarse solo a modificar el art. 1056 CC⁴⁷².

A este respecto, al igual que sucede en materia de testamentos mancomunados, y discuriendo de forma paralela, difícilmente eran concebibles los contratos sucesorios

división, instaurar vías que permitan una mayor protección del cónyuge viudo y, en definitiva, favorecer un ámbito más amplio para el juego de la autonomía privada del causante respecto del modo de disponer.

⁴⁷² Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, *op. cit.*, p. 232, “esta ley desperdicio una magnífica oportunidad para permitir el pacto sucesorio en interés de la conservación de la empresa familiar”. En su opinión, los arts. 1056, 1341, que permite la donación de bienes futuros para el caso de muerte entre los cónyuges, 824, 825 y 826, referidos a las promesas de mejorar y no mejorar y el art. 831 CC, que permite al viudo o viuda que no hayan contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y de las demás mejoras y disposiciones del causante dulcifican el tratamiento de la prohibición absoluta del contrato sucesorio. A propósito del art. 1056. 2 CC, BALLARÍN MARCIAL, A.: “La sucesión mortis causa en la explotación agrícola” en *Revista Jurídica del Notariado* núm 38, 2001, p. 27, hace una interpretación en la que cree que puede sostenerse que admite el contrato sucesorio: “ En efecto, se trata de un caso ciertamente muy especial: el de la conservación de las explotaciones en lo que ya no hay un mero interés de los padres sino un verdadero interés público que se manifiesta en general en el llamado principio de “conservación de la empresa” y, de un modo mucho más dramático, en el de la explotación agraria por el muy grave problema que tenemos en España del elevado número de explotaciones insuficientes hasta el punto de que cabe decir que ese es el más importante de los defectos de nuestra estructura y hasta cierto punto podemos acusar de ello más que a los autores del Código civil, que, en su día, dieron muestras de ser conscientes del mismo y de abrir un camino de solución, a los intérpretes del precepto que cerraron rápidamente esa vía del contrato sucesorio. No sería equivocado atribuir a los autores de nuestra codificación el propósito de introducir la excepción dicha, contenida en el párrafo segundo del art. 1.056, precisamente para aproximar el Derecho común a las legislaciones forales, en casi todas las cuales, pero señaladamente en las de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, se admite el contrato sucesorio”. En el mismo sentido, SERRANO CAÑAS, J. M.: *El cambio generacional en empresas familiares*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013, p. 83 y ss, considera que al establece el artículo 1056.1 CC que el testador puede hacer la adjudicación de la empresa por acto inter vivos, supone una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios.

en el régimen de nuestro Código civil, dados los términos prohibitivos del art. 1271, con las excepciones aislados de los arts. 826 y 827 del mismo cuerpo legal⁴⁷³.

A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la STS de 22 julio de 1997, ya había determinado -antes de la reforma por la Ley 7/2003- que el artículo 1271 CC se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia pero no cuando se refiere a bienes determinados, la eficacia de este precepto solo se aplica a los pactos de partición. En este contexto, podríamos plantearnos si la empresa puede ser considerada como un bien concreto. Ahora bien, en los supuestos en los que forma parte del patrimonio hereditario, la mayoría de las veces será el único bien integrante o el de mayor valor y relevancia y no habrá más bienes a repartir puesto que en las empresas familiares se tiende a reinvertir todo en ellas y el patrimonio familiar se confunde con el empresarial, por lo que no parece que pueda entenderse que el pacto sobre la misma fuese sobre un bien determinado y concreto para ser admitido en nuestro ordenamiento vigente y tampoco ha sido el propósito de la jurisprudencia. Por lo que no parece que pueda deducirse, que el precepto referido abra la vía a los pactos sucesorios⁴⁷⁴.

En los ordenamientos en los que se permite el pacto sucesorio o figuras próximas, se incrementa la libertad de elección del causante para prever el destino de sus bienes para después de la muerte y podrá diseñar mejor su sucesión conforme a sus circunstancias y preferencias, así podrá planificar unilateralmente la sucesión mediante

⁴⁷³ Como así señalaba CUADRADO IGLESIAS, M.: “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. AA.VV (Coords. BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, P. et al.) Ed. Universidad de Salamanca, 1984, p. 125.

En lo referente a las promesas de mejorar o no mejorar y las mejoras *inter vivos* de los arts. 826 y 827 CC, ALVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar; economía familiar y sucesión hereditaria*, op. cit., p. 43, quien señala que reconocen validez a dos tipos de pactos sucesorios y que resultan vías adecuadas en la sucesión de la empresa, al tratarse de mejoras irrevocables.

⁴⁷⁴ La STS de sala de lo Civil, de 22 de julio de 1997 (rec. 1879/1993. Ponente: VILLAGOMEZ RODIL. N° de Sentencia 718/1997. Roj 5240/1997) en su Fundamento de Derecho primero declara que *el art. 1271 CC se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el art. 659 CC, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante.*

El documento en contienda no contiene ninguna operación divisoria anticipada entre los herederos, sino más bien una previsión en cuanto a la titularidad del negocio de Administración de Loterías, dada la especialidad y exigencias de la normativa administrativa que lo disciplina.

Al margen del caso enjuiciado en la sentencia, por la normativa que rige la Administración de Loterías, cuando se trata de planificar la sucesión en una empresa familiar también se realiza con la finalidad de previsión en cuanto a la titularidad de la misma.

el testamento o mediante contrato bilateral, -el pacto sucesorio-. De esta manera se deja al empresario mayor margen a la autonomía de la voluntad y por tanto mayor flexibilidad para ordenar su sucesión⁴⁷⁵.

En algunos Derechos se prevé el pacto sucesorio como instrumento para regular por anticipado la sucesión futura y realizar una entrega de bienes de presente, en el momento de la celebración del mismo, de esta manera la transmisión surte efectos en vida del disponente⁴⁷⁶.

En la regulación de la sucesión, el testamento se manifiesta insuficiente para llevar a cabo la transmisión porque al ser revocable no crea en el sucesor la certeza y seguridad de que el empresario mantendrá inalterables las disposiciones y su decisión hasta el momento del fallecimiento, lo que no garantiza la posición del sucesor como beneficiario a diferencia del pacto sucesorio que por su carácter irrevocable proporciona estabilidad al sucesor, si bien, como ya hemos señalado, no todos los empresarios tienen la posibilidad de ordenar su sucesión a través del pacto sucesorio, en nuestro territorio solo está reservado a algunos Derechos forales. Igualmente las limitaciones del protocolo familiar como instrumento de planificación sucesoria han planteado otras alternativas que se ajusten a las necesidades familiares y económicas del momento.

Ciertamente, a pesar de la irrevocabilidad del pacto, pueden pactarse como remedios al incumplimiento de cargas y obligaciones establecidas en el mismo, causas de revocación como veremos más adelante⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Al efecto, NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 46, “la opción por la que, a este respecto, se decante el causante, además de obedecer a motivaciones personales, internas y psicológicas, e incluso estratégicas, tiene también una explicación económica y ésta, a nuestro entender, es especialmente significativa cuando nos referimos a una empresa familiar”.

⁴⁷⁶ En relación a ello, FONT I SEGURA, A.: “Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en *El Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*. AA.VV. (Dir. GINEBRA MOLINS, M. E., TARABAL BOSCH, J.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2016, p. 175, “la variedad de situaciones previstas y la heterogeneidad de regímenes no altera el hecho de que en todas estas figuras, junto con la ordenación de la sucesión futura, haya una transmisión inmediata y gratuita de bienes”.

⁴⁷⁷ En este sentido se manifiesta IMAZ ZUBIAUR, L.: *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006, p. 285, “no todos los vizcaínos tienen a su alcance la posibilidad de ordenar su propia sucesión a través del pacto sucesorio, como no la tienen de poder elegir entre sus sucesores forzosos, al que habrá de sucederles en la jefatura del patrimonio familiar, en aras a mantenerlo indiviso de su tránsito generacional”.

En lo que respecta a la irrevocabilidad señala PLANA FERRÁN, M.: “¿Pueden ser los pactos sucesorios un instrumento al servicio de la pervivencia de la Empresa Familiar?” en *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, 2 (2013), p. 73, que “la irrevocabilidad de los pactos sucesorios puede y debe aportar un elemento esencial al desarrollo del proceso sucesorio, y este no es más que establecer un marco claro, definido, consensuado y sin sorpresas de última hora. Por lo tanto, la contribución de esta herramienta puede ser de un valor incuestionable a uno de los desafíos más importantes a los que tienen que hacer frente la empresa familiar; la sucesión”. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley*

La sucesión contractual requiere un acuerdo de voluntades, conlleva un consenso que se aleja de la imposición unilateral de la voluntad del causante (art. 1256 CC). En concreto, los pactos sucesorios son negocios jurídicos con una naturaleza mixta; por un lado se trata de un acto *inter vivos*, generalmente irrevocable, pero por otro lado, el objeto del pacto es la ordenación de la sucesión del futuro causante y es que es conveniente distinguir entre el momento de su celebración que es *inter vivos* y los efectos que resulten después del fallecimiento del causante pues su otorgamiento es en previsión de la muerte. Aunque sea un negocio sucesorio los efectos en vida del causante pueden ser de notable importancia, sobre todo en lo que afecta a los deberes de conducta que puede asumir el otorgante favorecido, que se convierten en obligaciones cuando son determinantes del pacto y cuyo incumplimiento facultará a la revocación unilateral⁴⁷⁸.

No es una figura ajena a la normativa europea. Así, el Reglamento Europeo nº 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en su art. 3.1 apartado b) define el pacto sucesorio como *todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos mancomunados, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo*. El legislador europeo reconoce el pacto sucesorio como instrumento de

aplicable a los pactos sucesorios. Ed. Servicio de Publicaciones Universidad Santiago de Compostela, 2013, p. 28, “sin embargo, pese a que la irrevocabilidad haya sido la nota que tradicionalmente ha caracterizado y diferenciado a los pactos sucesorios, lo cierto es que no se trata de un aspecto esencial de los mismos, no solo porque siempre existen causas excepcionales de revocación unilateral previstas en la ley, sino porque las propias partes pueden pactar todas aquellas causas de revocación que estimen por conveniente. En el caso de los pactos sucesorios de institución si es una nota esencial la pérdida de disposición *mortis causa* del causante. No ocurre, sin embargo, cuando se trata de los pactos de renuncia”.

⁴⁷⁸ Al respecto, BAYOD LÓPEZ, M. C.: “Pactos sucesorios en Aragón”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 1325, matiza que el pacto sucesorio es una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad (el instituido o un tercero). La esencia de dicha vinculación es privar al instituyente de su capacidad de disposición *mortis causa*, pues cualquier acto que contradiga la institución será inválido, precisamente porque nos encontramos ante una disposición a causa de muerte no pierde el instituyente sus facultades de disposición *inter vivos*. En esta línea, IMAZ ZUBIAUR, L., *op. cit.*, p. 224, “el pacto sucesorio se configura como un instrumento jurídico del que el futuro causante se vale para ejercitar su voluntad en aras a diseñar los efectos de su propia sucesión mientras que la ordenación sucesoria es el objeto que persigue el pacto. De ahí que la sucesión paccionada o contractual sea la estipulada al amparo de dos o más voluntades vinculadas en el marco de un pacto o convenio sucesorio”.

planificación para la transmisión intergeneracional y promueve su aceptación en todos los Estados miembros.

Por su naturaleza contractual, las partes quedan vinculadas al contenido del pacto desde el mismo momento de su otorgamiento, de lo que se deriva su irrevocabilidad unilateral. Produce efectos antes de la apertura de la sucesión, lo que posibilita (i) entregar desde ese mismo momento los bienes que le serán transmitidos al heredero, y posteriormente, (ii) el beneficiario del pacto se convierte en heredero automáticamente, sin necesidad de tener que pronunciarse sobre la aceptación de la herencia ni sobre la repudiación, puesto que el consentimiento ya fue manifestado en su momento. Al igual que ocurre con la partición realizada por el propio testador, que tratamos en el epígrafe 3.1 del capítulo anterior, el pacto evita la comunidad hereditaria en los bienes objetos del mismo, en nuestro caso, sobre la empresa familiar. En definitiva, el heredero ya ha aceptado en vida del heredante, lo que evita situaciones de repudiación de la herencia, razón por la que las disposiciones realizadas en pacto sucesorio difieren también en este aspecto de las realizadas en testamento⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Al efecto, SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*. Ed. Comares. Granada, 2003, p. 197, lo explica como la expectativa irrevocable que se confiere al instituido por el pacto sucesorio a suceder al instituyente en la medida u objeto a que se contraiga el pacto. Una vez abierta la sucesión se consolidará definitivamente la atribución realizada a su favor. También, RODRÍGUEZ- URÍA SUÁREZ, *op. cit.*, p. 325, “se puede decir que, con carácter general, el otorgamiento del pacto sucesorio y la organización de la sucesión del causante por anticipado a través de pacto sucesorio generan más seguridad para las partes. Se puede ver bien en el típico ejemplo de pacto sucesorio de institución para la transmisión de una empresa familiar”.

Con respecto a la insuficiencia del testamento como instrumento para regular la sucesión de la empresa al ser irrevocable y no otorgar seguridad a las personas que están llamadas a suceder, *vid.* EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y pactos sucesorios” en *InDret* [En línea] p. 7, quien señala incluso que se ha llegado a decir que esta es la causa del recurso a los protocolos. Algunas cláusulas de los protocolos se estipulan como si de un pacto sucesorio encubierto se tratase.

Una vez fallecido el causante el beneficiario del pacto sucesorio se puede considerar ya heredero sin necesidad de aceptar la herencia, puesto que ya la aceptó, lo que si puede hacer valer es la revocación de los testamentos contrarios al pacto sucesorio, puesto que si bien el pacto sucesorio no limita la facultad de disponer, si lo hace en relación con las disposiciones mortis causa que sean contrarias a lo dispuesto en el pacto correspondiente, por lo que será el momento de dar la validez, eficacia y trascendencia del pacto sucesorio. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y sucesión contractual*. Ed. Comares. Granada, 2007, p. 453. En cuanto al favorecido, ALASCIO CARRASCO, L.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Catalán*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016, p. 86, “la aceptación del pacto conlleva la de la designación de la cualidad contractual de heredero, y queda obligado al cumplimiento de las cargas que se hayan impuesto. No entra en juego, por tanto, la mecánica de las subsiguientes etapas d la adquisición de la herencia y, a la muerte del causante, no operan los mecanismos propios de la vocación o la delación, ya que solo por el hecho de la muerte se produce la eficacia adquisitiva”. Para su concreción, *vid.* IMAZ ZUBIAUR, L., *op. cit.*, p. 491, “el binomio delación-aceptación, propio de la vocación testada e intestada, se ve suplantado, a la vez que anticipado, por el esqueleto bilateral del contrato; sin que, tras la muerte del causante vuelva a reproducirse la oferta que el designado aceptó al otorgar el pacto”.

En síntesis, la ordenación de la sucesión mediante el pacto sucesorio ofrece al empresario garantía de la continuidad de la empresa y a su vez, crea en el heredero la seguridad que la llamada es efectiva y estará al frente de la misma. Dos aspectos cabe destacar en este instrumento, (i) por una parte permite anticipar la sucesión del causante y consecuencia de ello, posibilita la incorporación del elegido como sucesor configurándose como un instrumento de planificación de la transmisión intergeneracional del patrimonio familiar (ii) y por otra, siendo la anterior la principal ventaja, al permitir anticipar la sucesión en vida del fundador, presenta una clara desventaja por la irrevocabilidad del pacto y su carácter inmutable, que impiden la reformulación de la planificación para adaptarla a las nuevas situaciones familiares y empresariales⁴⁸⁰. En nuestra opinión, el carácter bilateral es lo que le otorga una mayor estabilidad, al haber consenso entre el otorgante y el favorecido y asegurar que el contenido estipulado en el pacto solo pueda ser modificado por el acuerdo de ambas partes. En consecuencia, la complejidad que presenta la sucesión en una empresa familiar se ajusta más a la rigidez de la revocación del pacto sucesorio que a la facilidad que en este aspecto proporciona el testamento. Sin embargo, para paliar el efecto de la irrevocabilidad que en ocasiones resulta negativo, pueden pactarse las causas de revocación, que será fundamental que se configuren con las mayores previsiones posibles⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ En este sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, op. cit., p. 12, “la irrevocabilidad del pacto sucesorio tiene una proyección básica en forma de límite a la libertad de testar del instituyente”.

⁴⁸¹ Al respecto, ALVAREZ LATA, N.: “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, p. 561, en su opinión no todo son ventajas, así se contempla desde la figura del protocolo familiar que aconseja la estrategia de de la planificación actualizada de la sucesión de la empresa. Si bien el pacto sucesorio no es en sí mismo inmodificable, se requiere el concurso de la voluntad de todos los otorgantes, que lo hace difícil.

Por su parte, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. op. cit., p. 445-446, mantiene que ciertamente la ventaja de los pactos sucesorios es la de dar seguridad al destino de los bienes pero esta seguridad es solamente relativa: la seguridad absoluta sería con una transmisión formal de los mismos pero esta transmisión podría hacerse sin necesidad del pacto sucesorio por medio de una donación, con o sin reserva de un derecho de usufructo por el donante pero en ese caso contrario, tal seguridad no existiría totalmente, no solo porque los bienes cuando fallezca el causante han podido desaparecer sino, también, por el hecho de que tal pacto sucesorio podía ser impugnado por un legitimario, entendiéndose que violaba su legítima, o que el causante no tenía la capacidad necesaria para concluir tal pacto. Por eso con la sucesión contractual entiendo que no se soluciona el problema de la seguridad hereditaria y en cambio, si el pacto es lo determinante que en teoría debía ser, le impide al testador un posible cambio en los años que le queden de vida sobre el destino de los bienes. Y a tal afirmación no se objete que siempre podría haber una revocación porque tal revocación como la de las donaciones, se daría por causas tasadas, y tales causas suelen ser difíciles de demostrar, con lo que la presunta revocación es más que problemática.

En efecto, la principal característica del pacto es su carácter irrevocable que se fundamenta en la necesidad de asegurar al heredero o atributario su posición, sin embargo tiene excepciones al poder configurarlo con carácter preventivo y mediante la revocación por voluntad unilateral en ciertos supuestos⁴⁸². En este caso estaríamos ante un pacto sucesorio preventivo, o “heredamiento preventivo”, que si bien es esencialmente revocable, otorga el derecho a ser notificado, lo que supone una mayor seguridad para el instituido, es precisamente este derecho que tiene el instituido lo que hace que existan diferencias entre el heredero o legatario testamentario y el heredero o atributario en pacto sucesorio⁴⁸³. Así se indica en el art. 431-21.2 CCCat cuando concreta: “la revocación unilateral del heredamiento preventivo, para que sea eficaz, debe notificarse notarialmente a los demás otorgantes del pacto sucesorio, salvo que los otorgantes hayan dispensado el cumplimiento de este requisito”.

Por otro lado, en el Derecho aragonés los pactos sucesorios válidamente celebrados son irrevocables, en el sentido de que el instituyente no puede modificar su voluntad de forma unilateral, si no es por las causas expresamente pactadas, como recoge el art. 401 a) del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). De este modo, los particulares pueden acordar las causas de revocación que tengan por conveniente.

En estos derechos pues, se admite la revocación bajo formulas de previsión, no en otros casos. Por lo que podemos afirmar que como instrumentos de planificación, tanto testamento como pacto sucesorio previenen una sucesión intestada, que en nada favorece a la continuidad generacional. No obstante, esta aseveración debe matizarse puesto que producida causa de revocación del pacto y declarada la resolución del mismo, el causante recuperará la libertad dispositiva y podrá nombrar a otro instituido como sucesor, sin embargo, si se produce una vez fallecido el causante, tendrá lugar la sucesión intestada, a menos que se haya incorporado una disposición nombrando un sustituto, aspecto que es conveniente considerar y prever.

2. Necesidad de una mayor libertad de disposición

⁴⁸² Vid. BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*. AA.VV (Dir. VALLE ZAYAS, J. et al.) Ed. Bosch. Barcelona, 2012, p. 95, el pacto sucesorio con carácter preventivo es revocable unilateralmente por medio de un testamento posterior” (art. 431-21.1 CCCat).

⁴⁸³ BOSCH CARRERA, A., *op. cit.*, p. 119, el derecho a ser notificado supone dotar de un mayor contenido jurídico y económico la institución realizada en los pactos preventivos ya que en defecto de notificación la revocación es ineficaz.

La sociedad demanda otros medios para ordenar la sucesión y una mayor libertad de testar, por lo que la prohibición que proviene del derecho romano -donde el testamento era el instrumento fundamental para regular la sucesión-, no está justificada en los tiempos presentes, y menos con el criterio imperativo y rigorista al que nos lleva el sistema de las legítimas (arts. 807 y ss. CC)⁴⁸⁴.

El régimen jurídico debe dar respuesta a las necesidades actuales y si en otras épocas pasadas permitió el desarrollo de la sociedad agraria, y la transmisión intergeneracional de patrimonios agrarios, deberá adaptarse a la realidad imperante. En esta línea, el pacto sucesorio vendría a dar respuesta a la necesidad de la planificación de la sucesión en la empresa familiar y mejoraría la supervivencia de estas empresas y de la economía en general⁴⁸⁵. Permita que me repita de nuevo, pero estas empresas son la base fundamental del tejido empresarial de un país, por lo que se convierten de este modo en una preocupación social.

Obsérvese que en los ordenamientos en los que se permita la figura de los pactos sucesorios como forma de ordenar la sucesión voluntaria, la libertad de testar es la

⁴⁸⁴ Vid. BRANCÓS I NÚÑEZ, E.: *Los pactos sucesorios en el derecho civil de Cataluña*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, p. 33, matiza que los estudios históricos demuestran que el derecho romano carecía de una norma general prohibitiva de los pactos sucesorios, aunque la libertad de testar constituía el marco jurídico en el que convivían algunas modalidades de disposición que, de hecho, eran pactos sucesorios.

⁴⁸⁵ En este sentido, ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 27, “el heredamiento capitular tradicional surgió, o más bien, se desarrolló, así como la configuración de la legítima, la dote y otras instituciones del derecho sucesorio y familiar, a raíz de una preocupación fundamental de la sociedad, que era mantener y ampliar la explotación agraria, el patrimonio familiar de base territorial”.

Al respecto, BOSCH CARRERA, A., *op. cit.*, p. 91, quien opina que los pactos sucesorios demuestran una gran utilidad para enfocar los problemas propios de las empresas familiares:

- a) Permiten atribuir la cualidad de beneficiario de todas o una parte de acciones o participaciones de empresas familiares a la generación siguiente, o otros tipos de bienes y activos patrimoniales.
- b) Permiten vincular y comprometer a la familia, así como cerrar la sucesión con el protocolo familiar.
- c) Permiten dar estabilidad a la posición del hijo, al concederle una posición irrevocable (institución) y/o la propiedad de una cuota o paquete de acciones o participaciones en la empresa familiar.
- d) Permiten estabilizar el futuro de la empresa, al poderse pactar un régimen de consentimientos en la enajenación de las acciones o participaciones o en las ventas de activos importantes de la empresa.
- e) Admiten gran flexibilidad, dado que permiten todo tipo de condiciones, cargas, finalidades, sustituciones, etc. que el derecho de sucesiones admita.

Igualmente, CUCURULL POBLET, T., *op. cit.*, p. 204, considera los pactos sucesorios como una audaz alternativa a las múltiples complicaciones implícitas en toda sucesión empresarial, puesto que con su uso el empresario puede anticipar su sucesión.

libertad de organizar la sucesión conforme a la propia voluntad utilizando los instrumentos legalmente puestos a disposición del causante⁴⁸⁶.

Así las cosas, el otorgante del pacto sucesorio no va a poder modificar su disposición de última voluntad, sino que se requerirá el convenio del otorgante y del favorecido. En este sentido, puede afirmarse que el otorgante ha perdido –por renuncia– a su libertad de testar y aunque así es, no es menos cierto que es un acto voluntario, del que resulta beneficiado, y en el que concurren los elementos esenciales del consentimiento (art. 1265 CC). Otra cosa sería si conforme al art. 1271 va contra norma imperativa⁴⁸⁷. Por ello, el pacto sucesorio no es tan límite a la libertad de testar porque surge del ejercicio de la autonomía de la voluntad del otorgante, por tanto, si la libertad de disposición queda limitada es porque era esa su voluntad. Además en el ámbito de la empresa familiar, el empresario cuando se vincula y el favorecido decide aceptarlo con cargas u obligaciones incluidas, los dos resultan beneficiados, el heredero-sucesor tiene la certeza de la institución y el causante-fundador tiene la certeza de que este cumplirá sus obligaciones y en estos casos no se renuncia totalmente a la libertad de testar puesto que puede recuperarse si las cargas o finalidades no se cumplen⁴⁸⁸.

Al respecto, nos parece interesante lo expuesto por BERMEJO PUMAR⁴⁸⁹, “la diferencia practica de más interés entre el vínculo que deriva del pacto y la legítima, es que, con el primero (con el pacto), el causante que se vincula, obtiene, a cambio, un beneficio para si durante su vida. Las restricciones a la autonomía de la voluntad en la formalización de pactos sucesorios son distintas de las que se imponen para otorgar el testamento. En el primer caso (pactos sucesorios) no rigen aquellas restricciones que tienen que ver con la captación de voluntad, pero sí, al menos en Derecho común, las que tratan de evitar los pactos que priven totalmente de la facultad de disponer por causa de muerte”.

⁴⁸⁶ VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *op. cit.*, p. 5, la libertad de testar del art. 421-1 CCCat es únicamente la libertad de optar por una concreta vía, el testamento y su contenido, de esa mayor libertad de decidir el destino de los bienes tras el fallecimiento.

⁴⁸⁷ Vid. PINTÓ RUIZ, J. J.: “La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña” en *Economist & Jurist* n° 192, Julio-Agosto 2015, p. 22-23, considera que sin justificación la renuncia a la libertad de testar. Esta es un bien importantísimo para renunciar a él si no hay una causa justificada.

⁴⁸⁸ En este sentido, BRANCÓS I NÚÑEZ, E., *op. cit.*, p. 27, señala que “la existencia de pacto sucesorio no depende de la constancia de tales finalidades, cargas, circunstancias o fundamentos. Obviamente, si se quiere que tengan carácter determinante dando lugar a una posible revocación unilateral, convienen que se expliciten. Pero no debemos olvidar que también puede revocarse unilateralmente un pacto sucesorio por un “cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento”, art. 431-14 CCCat”.

⁴⁸⁹ BERMEJO PUMAR, M. M., *op. cit.*, p. 28.

Un aspecto a tener en cuenta es que en la libertad de celebrar pactos sucesorios confluye el factor económico, si bien, no parece que sea este determinante para su privación porque si se perjudica la legítima de los demás herederos forzosos éstos tendrían derecho a solicitar su complemento con otros bienes de la herencia o el propio causante podría asignar el pago de la misma en metálico o en otros bienes de la herencia⁴⁹⁰.

Cuando el art. 816 CC alude a la renuncia o transacción sobre la legítima futura, se está refiriendo únicamente a la porción de legítima estricta, puesto que el tramo correspondiente a la mejora se configura en el Código Civil como un elemento susceptible de pacto y por ende, renunciable⁴⁹¹.

La figura de los pactos sucesorios no ha sido anómala en nuestro ordenamiento puesto que existieron leyes que lo contemplaron y no encontramos razón alguna justificada para la pervivencia de la prohibición en los tiempos actuales, máxime tras la redacción actual del art. 1056 CC tras la Ley 7/2003. Observamos que los países de nuestro entorno y las CCAA con derecho histórico han reformado su sucesión contractual para adaptarlo a los nuevos retos que se presentan, entre ellos, la sucesión de la empresa familiar, así como el envejecimiento y consiguiente dependencia de la población⁴⁹².

⁴⁹⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar,” en *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Tomo I. AA.VV. (Coord. BLASCO GASCO, F. P., et al.) Ed. Tirant lo Blanch. Bilbao, 2011, p. 1080, manifiesta que el problema del contrato sucesorio no es tanto económico sino jurídico.

⁴⁹¹ Vid. SANCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, op. cit., p. 160.

⁴⁹² Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, op. cit., p. 1283, ponen de relieve que de las importantes excepciones a la regla general prohibitiva del art. 1271.2º CC y de las brechas que la practica jurisprudencial y registral ha abierto en ella, puede deducirse un cierto resquebrajamiento de aquélla, lo que unido al renacer de los pactos sucesorios contemplados en los ordenamientos comparados, incluidos aquellos como el francés más reticentes a la figura, obliga a cuestionar si a la altura de nuestros días sigue siendo conveniente o no mantener la prohibición de los pactos sucesorios en el seno del Código Civil cuando, en la mayor parte de los Derechos civiles autonómicos, y en bastantes ordenamientos foráneos, la vocación paccionada es claramente admitida. Al respecto cabe decir que existe una opinión cada vez más extendida que claramente rechaza el interés y la oportunidad de mantener el principio general prohibitivo de los contratos sucesorios y, con ello, la mayoría de las implicaciones singulares que de él derivan. También BOSCH CARRERA, A., op. cit., p. 85, en Francia la Ley 2006-728, de 23 de junio de 2006, en Italia la ley de 14 de febrero de 2006, en Cataluña la Ley 10/2008, así como las reformas de la legislación aragonesa, gallega, balear y vasca.

Todas las vigentes regulaciones que contemplan el pacto sucesorio favorecen la función que cumple el instrumento en la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio familiar⁴⁹³.

En este sentido, la razón de ser de la sucesión paccionada ha residido siempre en lograr la articulación de un adecuado mecanismo jurídico que canalice una novación en la titularidad de la explotación familiar, procurando, generación tras generación, su transmisión íntegra e indivisa⁴⁹⁴.

El Derecho civil catalán -y a diferencia del Código Civil-, siempre han intentado evitar la desaparición de la explotación familiar. La propia figura del heredamiento, que nació para organizar la sucesión de la casa familiar agraria, perseguía asegurar la continuidad del patrimonio dentro de la familia y la unidad de la explotación productiva a través de las generaciones. Esta institución tradicional se revitaliza y se adapta a la realidad socioeconómica actual⁴⁹⁵. De esta manera, el pacto permite que padre y madre pacten que la empresa familiar sea para un sucesor determinado.

Ahora bien, en ordenamientos, como el nuestro, en los que existe la prohibición de celebrar pactos sucesorios, se admite como posibilidad el pacto de herencia aunque limitado a la explotación empresarial, en este sentido se establece en el ordenamiento argentino (art. 1010 CCCN), que pueden ser objeto del pacto de herencia la empresa familiar únicamente, el pacto debe ser relativo a una explotación productiva o una participación societaria, excluyéndose de su objeto principal el resto del eventual acervo sucesorio⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Vid. IMAZ ZUBIAUR, L., *op. cit.*, p. 506.

⁴⁹⁴ Tal como señala IMAZ ZUBIAUR, L., *op. cit.*, p. 224.

⁴⁹⁵ Vid. ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 29, señala esta autora respecto a los heredamientos que “no tienen una función de meramente disponer del patrimonio para después de la muerte, sino que sirven para la gestión de patrimonios en vida del futuro causante y su continuación para cuando este muera. Desde esta perspectiva se puede considerar que el heredamiento incide, fundamentalmente, en tres aspectos:

- Derecho de la propiedad. Se puede asumir que el heredamiento beneficia a las partes interesadas, ya que esta otorgado voluntariamente, y si el favorecido no es otorgante de todos modos tendrá que aceptar. Así, la regulación del heredamiento deberá (1) permitir una transmisión fluida de la propiedad, y (2) definir correctamente los derechos de las partes sobre los bienes objeto del heredamiento.
- Derecho de sucesiones. En heredamiento se puede instituir heredero y, en otros pactos sucesorios se puede, además, realizar atribuciones particulares y renuncia sucesoria de manera definitiva y a posibles atribuciones futuras.
- Derecho de contratos. El heredamiento es, también, un contrato, por lo que el ordenamiento debe proporcionar el marco legal adecuado para que estos se desarrollen de forma eficiente”.

⁴⁹⁶ CESARETTI, M., CESARETTI, O. D.: “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” en *Revista del Notariado*, núm. 918. Octubre-Diciembre 2014, p. 58.

El interés por la figura del pacto sucesorio se está incrementando en los territorios de Derecho foral no solo en materia civil sino también en la fiscal, como título sucesorio. Así en Vizcaya la Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el art. 5 recoge como título sucesorio además de la herencia y el legado los contratos o pactos sucesorios, si bien ya la norma Foral 7/2002, de 15 de octubre ya lo reconocía. Aparte de las ventajas derivadas de la flexibilidad del instrumento ya reseñadas, se está recuperando la figura para garantizar la transmisión del patrimonio familiar, que en su día constituyeron las explotaciones agrícolas o fabriles entre las distintas generaciones preservando su unidad.

Así las cosas, hay autores que consideran que el código civil ofrece otras numerosas combinaciones para asegurar la continuidad de la empresa familiar, con la previsión de decidir previamente la persona que considere más adecuada para continuar la empresa⁴⁹⁷.

La doctrina contempla los negocios atributivos *post mortem* como una alternativa al testamento, a los contratos sucesorios y a la donación *mortis causa*. Son negocios que se caracterizan por la disposición de bienes o derechos en vida del disponente pero proponiendo su consumación definitiva para cuando tenga lugar el fallecimiento⁴⁹⁸.

Y aunque bien es verdad que cuando se planifica convenientemente la sucesión, el negocio jurídico más utilizado, como demuestran las estadísticas, es el testamento y no el pacto sucesorio, este último sería la mejor de las opciones, ya lo hemos advertido. El ordenamiento catalán da preferencia al pacto sucesorio en el que se instituye heredero sobre la sucesión testada, el testamento sigue predominando sobre los pactos sucesorios, siendo estos de relevante interés para planificar en vida la transmisión del patrimonio. La explicación del porqué de la preferencia del testamento en lugar del pacto sucesorio se encuentra en que este comporta mayores costes. Por ello, una regulación jurídica debe dirigirse, para ser eficiente, a que se reduzcan al máximo los costes de transacción y proporcionar, a cambio, bienestar o utilidad a las partes, a los

⁴⁹⁷ Esta opinión la mantiene GARCÍA CANTERO, G.: “Transmisión mortis causa de la empresa familiar”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, p. 106.

⁴⁹⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, op. cit., p. 65.

sujetos. En caso contrario, la regulación es ineficiente, lo que llevará a que difícilmente se aplique en la práctica⁴⁹⁹.

El coste de previsión no existe en el testamento, sin embargo en nuestra opinión a pesar de la existencia de coste en el pacto, en la empresa compensará asumirlo y evitar consecuencias derivadas de falta de planificación o ineffectividad de la misma. Consideramos que el pacto sucesorio es la forma de sucesión apropiada para resolver concretas situaciones familiares y empresariales⁵⁰⁰.

3. El porqué de la prohibición de los pactos sucesorios

El fundamento que justifica el mantenimiento de la prohibición de los pactos sucesorios del art. 1271 CC es que no puede restringirse la libertad del testador por ningún contrato o negocio jurídico, en efecto, tradicionalmente el pacto sucesorio y en concreto, el de institución de heredero, ha sido contemplado con recelo. La discusión acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad siempre ha existido y ha sido objeto de debate entre la doctrina⁵⁰¹.

Los argumentos que se mantienen para la inadmisibilidad de los pactos sucesorios están basados en que privaría al causante de su libertad de testar hasta su muerte, al no poder revocar su contenido por mucho que variaran las circunstancias en que ordenó su sucesión. Esto, reiteramos, no está plenamente fundamentado, puesto que la libertad se ejerce también, como ya hemos señalado, mediante la celebración de pacto y pueden preverse causas de revocación unilateral, ¿o es que acaso hay mayor autonomía de la voluntad en el testamento que en el pacto? Creemos que uno y otro son instrumentos que posibilitan al causante para ejercer su voluntad y cuantas mayores opciones se le ofrezcan, mejor podrá adaptarlas a sus intereses para la consecución de los fines concretos de planificación de la sucesión y adjudicación de la empresa.

⁴⁹⁹ Opinión mantenida por NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 53-58.

⁵⁰⁰ *Vid.* NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 67, señala que una alternativa que pudiera plantearse en términos de eficiencia sería el testamento mancomunado. Este permite un cierto acuerdo de familiares o parientes a la hora de determinar la figura del sucesor en la empresa familiar. Sin embargo en derecho común no contamos con la referida alternativa.

⁵⁰¹ Sin ánimo de exponer las distintas posturas al respecto si consideramos oportuno destacar el argumento que señala SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, *op. cit.*, p. 61, que su admisión representa una mayor riqueza para el sistema en su conjunto, al constituir una suerte de cauce adicional, a caballo entre la donación y el testamento, que se ofrece a los particulares, a fin de que éstos puedan elegir, entre un elenco negocial lo más amplio posible, la figura que mejor se adecue a sus intereses. Lo avala la naturalidad con la que se contempla esta tercera forma de delación hereditaria en países como Alemania o Suiza.

Las razones que se esgrimen por la doctrina para la admisibilidad de los pactos sucesorios se basan en que estos serían una buena manera de garantizar al heredero la adquisición de la herencia, pues permitiría al mismo tener la seguridad de que su dedicación a la conservación y mejora del patrimonio familiar se va a traducir en la percepción futura de la herencia sin depender de la mudable voluntad del progenitor⁵⁰².

Con el pacto sucesorio parece que el sucesor se implicará más con la empresa familiar y su grado de compromiso se incrementará y fomentará su motivación. Ahora bien, tampoco impide que se pueda producir el efecto contrario, desmotivar su conducta al asegurarse su posición de titular de la empresa⁵⁰³.

El Código Civil admite como excepciones a la prohibición de disponer sobre la herencia futura –vía pactos sucesorios por ejemplo-, la promesa de mejorar y no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales, art. 826 y 827 CC y la donación en capitulaciones de bienes futuros entre cónyuges para el caso de muerte del art. 1341 CC. Estas promesas participan de la naturaleza de pacto sucesorio al no poder ser revocadas unilateralmente por el promitente, requiriéndose el consentimiento de las personas que intervinieron en las capitulaciones matrimoniales a través de las cuales se materializaron dichas promesas. Son mejoras irrevocables siempre que se hagan en capitulaciones matrimoniales, a diferencia de la realizada en testamento que si es revocable. Cabe la revocación de la mejora si así se hubiese pactado, también y en caso de incumplimiento de las cláusulas o condiciones impuestas⁵⁰⁴.

Por lo que se refiere a los arts. 826 y 827 CC son pactos admitidos que pueden ser útiles en supuestos de crisis matrimoniales en los que los cónyuges quieren

⁵⁰² ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*, op. cit., p. 86.

⁵⁰³ Al efecto se plantea NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción,” op. cit., p. 63-65, si el pacto sucesorio, que es irrevocable, ¿es un instrumento de planificación sucesoria económicamente eficiente? Si no se previó nada en el pacto, difícilmente se podrá alegar un cambio sobrevenido de las circunstancias. Por esta razón deberán ser previstos los posibles riesgos en el propio pacto sucesorio. Sin embargo, en su opinión es económicamente ineficiente intentar prever todos esos posibles acontecimientos futuros que faciliten el camino hacia la revocación del pacto sucesorio, ya que generarían costes de información muy elevados, puesto que deberían invertirse muchos recursos en informarse sobre todos los posibles acontecimientos futuros.

⁵⁰⁴ ALVAREZ LATA, N.: “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson, Sevilla, 2010, p. 567, contempla como supuestos de revocabilidad la no celebración del matrimonio en el plazo del art. 1334 CC o en los supuestos de los arts. 1342 y 1343 CC, en el caso de que se realice en capitulaciones matrimoniales, causas a las que se añade la ingratitud del mejorado.

asegurarse que los hijos comunes recibirán después del fallecimiento de cada uno de ellos la titularidad de determinados bienes. Ayudan a planificar el futuro y evitan situaciones de conflicto que puedan surgir entre los herederos⁵⁰⁵. Puede considerarse que las mejoras constituyen los casos más claros de admisión de la sucesión contractual en el Código Civil⁵⁰⁶.

Para CUADRADO IGLESIAS⁵⁰⁷ el contrato sucesorio supone para el causante una limitación en su libertad de testar, ya que sus disposiciones están sustraídas a todo cambio unilateral, hallándose facultado el causante para tener como contraparte a cualquier persona capaz distinta del favorecido, aunque normalmente lo sea este.

Más acertado nos parecería y como propuesta de *lege ferenda*, admitir los pactos condicionales o pactos revocables cuando el sucesor no continuara con la empresa, sería una garantía tanto para el causante como para el resto de los coherederos. Si bien la admisibilidad de la revocación unilateral tendría que revestir un carácter restrictivo, este aspecto lo trataremos en el epígrafe dedicado al estudio de la finalidad del pacto.

El argumento que fundamenta la prohibición es el de la defensa de la libertad dispositiva: lo más razonable, y también puede ser lo más adecuado, es que el causante mantenga la libre posibilidad de testar, o bien de revocar el testamento si ya ha testado, hasta el mismo momento de su muerte. Todo ello teniendo en cuenta que las circunstancias que motivan la disposición testamentaria pueden modificarse a lo largo de la vida del testador⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *op. cit.*, p.101, como la titularidad de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar.

⁵⁰⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, *op. cit.*, p. 77. También, vid. GOMÁ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, *op. cit.*, p. 576, no ve inconvenientes insalvables en admitir la validez jurídica y obligatoriedad de cualquier pacto entre padres, cónyuges e hijos en relación con la sucesión de uno o varios de ellos, en uso de su autonomía de la voluntad, sea cual sea el contenido y mientras no conculquen normas de orden público. En la actualidad, hay familias con hijos comunes, otros de previas relaciones de uno o de los dos integrantes de la pareja, una persona puede tener varios matrimonios, hay posibilidades de fecundación artificial impensables hace unos años, etc. En este contexto este tipo de pactos puede ser muy útil en aras de simplificar el futuro.

⁵⁰⁷ CUADRADO IGLESIAS, M.: “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁰⁸ En este sentido se manifiesta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*, *op. cit.*, p. 83, en su opinión si bien es cierto que el pacto es manifestación del ejercicio de la libertad de disposición, lo que no está tan claro es que se deba admitir en la Ley una forma de ordenación sucesoria irrevocable que, por consiguiente, impide que el causante pueda reaccionar tras la aparición de posibles circunstancias sobrevenidas. Considera excesiva la pretensión de la introducción del título sucesorio en nuestro Derecho porque los problemas que se pretenden resolver no están tan desprovistos de solución en el ordenamiento vigente como se nos quiere hacer ver, p. 94-95.

Ahora bien, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, consideramos que los contratos sucesorios ofrecen mayores ventajas que desventajas, prueba de ello es que sistemas de nuestro entorno que compartían la misma prohibición que nosotros, la han flexibilizado e incluso la han suprimido. Algunos de los derechos forales llevan ya años con la admisibilidad en su ordenamiento y con una regulación detallada de los pactos⁵⁰⁹.

Así las cosas, mientras que la prohibición del pacto sucesorio es influencia de la tradición del derecho romano, en los Derechos forales surge de la costumbre, con base en la libertad de testar y de convenir y con el objetivo de conservar y transmitir integro un patrimonio familiar. Así, frente a la prohibición del Código, todos los Derechos autonómicos conocen y regulan, con mayor o menor amplitud, los pactos o contratos sucesorios, tanto en su modalidad de pactos de exclusión o negativos, por los que una persona renuncia total o parcialmente a los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión del contratante como en la modalidad de pactos de institución o positivos, por los que el disponente, en consideración a su futura muerte y de modo irrevocable, atribuye bienes determinados o instituye sucesor en la herencia⁵¹⁰.

De todos modos, el panorama en el ordenamiento español difiere de unos derechos a otros, el informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar de 2001, en su página 28 señalaba: *Que, la normativa privada, y concretamente los preceptos del ordenamiento civil, no son uniformemente aplicables en todo el territorio español, [...] con lo cual en función de la adscripción, algunas empresas familiares se ven en mejor o peor situación que otras para gestionar y afrontar la sucesión, ya que en unos sitios se admite la posibilidad de establecer pactos sobre la herencia futura y en otros no. Así, se ha dicho «.....que la empresa familiar va a tener que luchar en su desarrollo contra una serie de normas que se redactaron ajenas a las circunstancias que rodean a esta modalidad de empresa y, en consecuencia, no dan una solución que facilite la continuidad de las empresas*

⁵⁰⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., p. 589. Al respecto, BELLO JANEIRO, D.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*. Ed. Montecorvo. Madrid, 2001, p. 51, señala que desde antiguo venían siendo admitidos en sus diferentes normas como instrumento jurídico más adecuado para la conservación de la unidad del patrimonio familiar al permitir integrar en vida al instituido en la explotación familiar en la medida en que se le designaba sucesor en la jefatura de la Casa.

⁵¹⁰ CARBALLO FIDALGO, M.: “La autonomía de la voluntad en la reglamentación de la sucesión por causa de muerte. Análisis comparado de los sistemas sucesorios coexistentes en España”. *Actas Congreso Internacional Autonomía e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), p. 579.

familiares»⁵¹¹. De ahí que de no darse igual amparo legal en el Derecho común, el empresario fijara su domicilio o vecindad civil en el lugar donde tenga mejor amparo normativo.

También, el preámbulo del RD 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, señala que *la realidad económica, jurídica y social española obliga a considerar las peculiaridades de la empresa familiar y la lícita autorregulación de sus propios intereses, especialmente en relación con la sucesión de este tipo de empresas, eliminando obstáculos y dotando al operador jurídico de los instrumentos necesarios.*

Asimismo, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de marzo de 2006, «Aplicar el Programa comunitario de Lisboa para el crecimiento y el empleo - Transmisión de empresas - Continuidad mediante la renovación» [COM (2006) 117], la propia Comisión propone varias medidas de mejora a los Estados miembros, que posibiliten mecanismos o instrumentos de supervivencia y transmisibilidad de la “unidad productiva”, tales como: Facilitar los cambios de situación jurídica de las empresas. *Los contratos de sucesión, los contratos de sociedades, el establecimiento de sociedades de responsabilidad limitada o las reestructuraciones son herramientas jurídicas que permiten evitar la desaparición de una empresa. Por ejemplo, el contrato de sucesión, que está prohibido en un número relativamente elevado de países, el contrato de sociedad o el establecimiento de sociedades de responsabilidad limitada permiten garantizar la continuidad de una empresa en caso de fallecimiento del propietario o de uno de los socios. Por su parte, la reestructuración jurídica de una empresa antes de su transmisión permite evitar la liquidación de la empresa con motivo del cambio de forma jurídica.*

La normativa debe adaptarse a la realidad social y no a las instituciones históricas. El respeto por estas no puede ser un impedimento para posibilitar mecanismos de transmisión que garanticen la continuidad. Además, no parece muy coherente mantener la prohibición cuando en línea de principio se reivindica la libertad

⁵¹¹ En este sentido, RODRÍGUEZ- URÍA SUÁREZ, *op. cit.*, p. 70, “en esta pluralidad jurídica tenemos ejemplos de Derechos que prohíben pactos sucesorios, Derechos que los admiten de manera limitada o excepcional y Derechos que los reconocen ampliamente”.

contractual y el principio de autonomía de la voluntad⁵¹². Así se requiere en este contexto, el ámbito de la sucesión de la empresa familiar, una flexibilización de la prohibición de los pactos sucesorios, con progresiva adaptación a los mecanismos sociales, económicos y jurídicos⁵¹³.

Por lo que se refiere a los límites a la autonomía de la voluntad, en concreto el de orden público, se plantea CERDÁ GIMENO⁵¹⁴ una serie de interrogantes entre los que es oportuno destacar el siguiente: “¿Es que una familia o una empresa familiar ha de ser diferente por el mero hecho de residir en un territorio distinto del Estado?” Para llegar a la conclusión que este límite en su aplicabilidad carece de fundamento.

Se argumenta que si se admitiesen los pactos sucesorios, en el estado actual -con los límites cualitativos y cuantitativos de la legítima-, cuando se perjudican los derechos de los legitimarios, procedería su revocación con el consiguiente incumplimiento del pacto, por lo que este será válido en tanto en cuanto no afecte a las legítimas.

En cuanto a la planificación de la sucesión en la empresa, ya el Foro de Lille, de 3 y 4 de febrero de 1997, sobre transmisión de empresas organizado por la Comisión Europea, recomendaba la supresión de la prohibición de los pactos sucesorios por ser

⁵¹² En esta línea se manifiesta CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 557, señala que es un hecho constatable empírica e históricamente en los tiempos recientes la minusvaloración de los institutos sucesorios tradicionales. Por ello, propone solicitar una derogación urgente de la normativa prohibitiva de los pactos sucesorios porque la normativa existente es inadecuada y no se adapta a la realidad social vigente. *Vid.* también CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*, *op. cit.*, p. 420, en cuanto a la normativa acerca de los pactos sucesorios “cabría denominar como un defecto legislativo: defecto del tipo de inadaptación a la realidad social vigente y cuya característica básica es la de haber resultado obsoleta por inadecuación sobrevenida.” En la misma línea, RAMS ALBESA, J.: “Artículos 1.271 y 1.272”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DIAZ ALABART, S.) Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993, p. 466, “la prohibición carece desde siempre de fundamento y hoy no cubre ningún interés que sea digno de protección legal, más bien imposibilita el tratamiento racional de las sucesiones, puestas más que nunca en peligro por varias razones en las que destacan la desnaturalización del tratamiento de las legítimas en la reforma de 1981, que como empieza a ser habitual, solo sirve para amontonar nuevos problemas sobre los ya existentes; la desigualdad de trato entre las diferentes estructuras económicas de los patrimonios familiares y, por último la avanzada edad que alcanzan hoy muchos testadores y la ausencia de controles de capacidad de los mismos, cuestiones que están convirtiendo a las sucesiones testamentarias en una posibilidad abierta al despropósito”.

⁵¹³ EGEA FERNANDEZ, J., *op. cit.*, p. 8

⁵¹⁴ CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 442, en relación a ello, FONT I SEGURA, A., *op. cit.*, p. 22, “se ha apuntado que los argumentos que se utilizan para impedir la sucesión contractual, buenas costumbres y orden público, no pueden ser utilizados para bloquear la autonomía de la voluntad”.

instrumentos esenciales que facilitan la continuidad de la empresa familiar⁵¹⁵. Así, la prohibición imperante dificulta la planificación de la sucesión, por lo que se reclama su eliminación por parte de la doctrina⁵¹⁶.

Siempre que hubiese un patrimonio empresarial familiar con un sucesor expectante, no hay razón para que el causante no tenga plena libertad de disponibilidad para organizar su sucesión. El pacto permite diferir sus efectos al fallecimiento del instituyente o bien anticiparlos al otorgamiento del contrato. Cuando se otorga con transmisión de presente confiere al sucesor la titularidad de los bienes objeto de su asignación sucesoria sin esperar a la muerte del instituyente.

En las legislaciones donde se admiten los contratos sucesorios, Derechos forales y en las principales legislaciones europeas, la sucesión en la empresa es un ámbito de aplicación de esta modalidad de sucesión, además de su otorgamiento entre causantes necesitados de cuidados y parientes que, en contraprestación a su institución como herederos, se obligan a prestárselos.

En la práctica, suelen ir ligados a las capitulaciones matrimoniales, de ahí la importancia de la interdependencia de los capítulos matrimoniales y otros pactos, entre los que se encuentran los sucesorios⁵¹⁷.

En relación a lo expuesto, CERDÁ GIMENO⁵¹⁸ realiza un planteamiento de la cuestión, que transcribo por considerar que resulta muy significativo para explicar la problemática que se plantea en torno a los pactos sucesorios con referencia a la empresa: “En la vertiente *sucesoria* la prevalencia o preferencia del valor estaba centrada en el principio de libertad de testar y se planteaba el punto de sus posibles límites. Respecto a la vertiente *contractual*, el valor preferente ha sido siempre el principio de libertad contractual, matizado por la incidencia de los límites fijados en el art. 1255 CC”. Se trata de la concurrencia de valores en un determinado supuesto de hecho que nos lleva a plantearnos cuál de ellos debe prevalecer. La solución nos lleva a analizar el concreto supuesto de hecho por la casuística que puede abarcar, debido a las

⁵¹⁵ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2010, p. 500, la admisibilidad del pacto sucesorio como instrumento para fijar la sucesión en la empresa familiar ayudaría también, a reforzar la eficacia del protocolo familiar.

⁵¹⁶ Entre ellos, SANCHEZ ARISTI y EGEA FERNÁNDEZ.

⁵¹⁷ GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, op. cit., p. 228.

⁵¹⁸ CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*, op. cit., p. 599.

variables que pueden producirse, lo que hemos venido manteniendo desde el inicio en el caso de la empresa familiar por las singularidades que la rodean.

Por todo ello, y como recapitulación, en lugar de prohibir la sucesión contractual ¿no habría que partir de la validez de los pactos sucesorios y establecer unos límites a los mismos?

Además, téngase en cuenta que el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981, a la vez que posibilitaba el testamento mancomunado hacia lo propio con el contrato sucesorio, ambos con la misma finalidad, conservar la integridad de la explotación familiar agraria⁵¹⁹. Instrumentos ambos de los que el causante no puede hacer uso en derecho común, a diferencia de otros ordenamientos, por lo que queda frustrada la posibilidad de alcanzar alguna finalidad que pudiese lograrse con uno de ellos.

Por otra parte, la falta de flexibilidad en admitir los pactos sucesorios puede provocar –y de hecho provoca– la deslocalización de las empresas con el propósito de asegurar la sucesión, pudiendo afectar a la seguridad y estabilidad económica. En efecto, la prohibición de la institución de los pactos provoca la disgregación y división del patrimonio familiar por causa del reparto igualitario⁵²⁰. Lo que constata que la regulación y aplicación de los pactos sucesorios permite soluciones jurídicas flexibles, al ser instrumento de organización y planificación de la sucesión en la empresa familiar⁵²¹.

Las razones manejadas explican que sistemas contrarios a los pactos sucesorios hayan flexibilizado sus prohibiciones, el ejemplo más relevante lo encontramos en el ordenamiento italiano, que ha experimentado un cambio favorable a estos pactos y que los derechos forales también hayan reformado la regulación de los pactos sucesorios para adaptarlos a la realidad social y consideramos que la prohibición que pervive en el Código Civil es incompatible con la realidad social de nuestro tiempo⁵²². Podría

⁵¹⁹ CUADRADO IGLESIAS, M.: “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, *op. cit.*, p. 125.

⁵²⁰ Es la opinión mantenida por CUCURULL POBLET, T., *op. cit.*, p. 216, aunque aparentemente pueden parecer muy arraigadas en algún territorio, pueden buscar una mayor seguridad en la sucesión que reduzca futuros obstáculos. También, DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., *op. cit.*, p. 53.

⁵²¹ DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Pactos sucesorios en Cataluña,” en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, p. 1368.

⁵²² RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *op. cit.*, p. 94, en la mayor parte de los casos estas reformas han estado ligadas al mantenimiento de la unidad de la empresa familiar. La explicación es que “si bien los pactos sucesorios estuvieron tradicionalmente ligados a la transmisión de la explotación agraria familiar,

plantearse en este sentido si el art. 1056 CC tras la redacción por la Ley 7/2003 puede ser considerado como un paso hacia delante en la admisión de los pactos sucesorios, creemos que es excesiva esta afirmación aunque no neguemos que es un primer paso.

II. EL PACTO SUCESORIO EN EL ESTATUTO DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR AGRARIA Y DE LOS AGRICULTORES JOVENES DE 24 DE DICIEMBRE DE 1981

Los instrumentos que hacen posible la continuidad de una empresa familiar garantizando la integridad del patrimonio y la unidad no difieren tanto de los que hicieron posible la continuidad de la empresa agraria en los derechos forales de aquella época⁵²³.

El Derecho común disponía de una norma que permitía celebrar determinados pactos sucesorios, se trataba del Estatuto de la explotación agraria y de los jóvenes agricultores de 24 de diciembre de 1981. Aunque estemos ante una ley derogada nos interesa para nuestro objeto de estudio y como fundamento a la posibilidad de flexibilizar la prohibición que existe sobre los pactos sucesorios.

Uno de los objetivos de la citada ley era el mantenimiento de la integridad de las explotaciones agrarias y su continuidad como unidades empresariales. Al igual que existía un régimen sucesorio especial para las explotaciones agrarias familiares con la finalidad de evitar una disgregación de la explotación que la hiciese inviable, debería proveerse lo mismo para las empresas familiares e incluir la posibilidad de celebrar determinados pactos sucesorios aunque se limitase exclusivamente al ámbito de estas empresas.

Esta ley contemplaba tanto el pacto sucesorio como el testamento para atribuir la explotación familiar. En concreto, los regula en el capítulo dedicado a la protección de la integridad de la explotación. El art. 16.1 preveía que: *El titular de la explotación podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador*. En los apartados siguientes contempla la posibilidad de que si ninguno de los legitimarios reuniese la cualidad de colaborador, y con el consentimiento de estos, podrá otorgarse a favor de quien tuviese la cualidad de

hoy día se produce una adaptación a los cambios sociales y a la nueva economía y se piensa en la facilitación de la transmisión mortis causa de la empresa familiar”.

⁵²³ *Id.* LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M., *op. cit.*, p. 65.

colaborador y si no existiesen legitimarios, podrá convenirse con quien fuese colaborador de la explotación. Con ello se amplía el círculo de posibles beneficiarios para conseguir la viabilidad de la misma y en caso de matrimonio, para ordenar la sucesión mediante pacto era necesario el otorgamiento por ambos, art. 17.

También contemplaba, entre las causas de resolución, el incumplimiento de las cargas, condiciones u obligaciones impuestas al sucesor, art. 20.1 b). Por lo que esta causa garantiza que el instituido sucesor continúe con la explotación.

La primera forma de deferir la sucesión es el pacto, así lo establece en el art. 21 al tratar de la sucesión testada: *En defecto de pacto sucesorio, la sucesión en la explotación familiar se deferirá a la persona que el causante hubiere designado en testamento*. La explicación se encuentra en que el pacto sucesorio era diseñado como la fórmula básica para mantener la integridad de la explotación agraria⁵²⁴. También los cónyuges podían otorgar testamento mancomunado, con el fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad.

A propósito de la conservación agraria, ya exponía ESPÍN CÁNOVAS⁵²⁵ que el pacto sucesorio evitaba el fraccionamiento y dispersión de la unidad agraria voluntariamente conservada en la familia a través de diversas generaciones. No nos cabe ninguna duda, posibilita la transmisión intergeneracional y el mantenimiento de la unidad productiva.

A la vista de lo anterior podemos afirmar, que el pacto sucesorio no ha sido una figura anómala en derecho común, y si bien los pactos que regulada la ley de 1981 eran propios de épocas y países rurales, aunque estemos en la actualidad ante una realidad económica diferente, lo que se persigue en la empresa familiar con la designación del

⁵²⁴ MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La transmisión *mortis causa* de la explotación agraria y el mantenimiento de la integridad de la explotación,” en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, p. 833.

⁵²⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, p. 317, propone como directrices para una reforma del Código “la admisión del pacto sucesorio encaminado particularmente a la transmisión de la explotación agrícola, que evitaría de una parte las impugnaciones de los restantes legitimarios apartados de su atribución y de otra la incertidumbre sobre la continuidad en la explotación, incluso conforme a las previsiones del testador. Flexibilidad del contenido del pacto sucesorio aludido, en orden a poder atribuirse la explotación agrícola a más de uno de los hijos, y a evitar su vinculatoriedad indefinida a lo largo de las sucesivas transmisiones, fomentando, en cambio, la voluntaria conservación de dicha explotación a través de las disposiciones testamentarias o paccionadas en cada generación. Resolver la problemática de la atribución a uno sólo de los hijos tanto en relación con las responsabilidades de la explotación agraria en garantía del derecho de los restantes hijos, como en la situación del propio adjudicatario de la explotación con la herencia común, especialmente en punto al pago de las deudas hereditarias.”

sucesor es precisamente la transmisión indivisa de la misma⁵²⁶. Por lo tanto, el antecedente podemos encontrarlo en las sociedades agrarias y si en aquel momento se dispuso de un régimen sucesorio especial para estas explotaciones, está plenamente justificado en una situación social, económica y empresarial más compleja donde estas empresas son una importante fuente de riqueza para el desarrollo de los países.

No parece que razones jurídicas puedan alegarse a la incorporación de los pactos sucesorios, ni que sea una figura sin tradición en nuestro derecho y quiebra en cierta manera con los nuevos postulados del derecho donde el principio de la autonomía de la voluntad se alza como fundamental.

III. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LOS SISTEMAS QUE COEXISTEN EN ESPAÑA Y EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

1. Panorama general en los distintos Derecho forales

En la mayoría de los Derechos forales se reconoce el pacto sucesorio como forma de delación de la herencia y en los territorios donde se ha permitido el contrato sucesorio como modo de transmisión de la herencia se ha observado un resurgimiento del mismo para facilitar la transmisión de la empresa familiar y su continuidad y pervivencia⁵²⁷.

Existen algunos derechos que son más favorables a la libertad de testar dentro del mantenimiento de la legítima, si bien todos ellos cuentan con pactos que permiten al fundador la transmisión de la empresa, eligiendo al mejor sucesor preparado para continuar con la empresa⁵²⁸.

Todas estas figuras a las que nos referimos a continuación garantizan la continuidad y la conservación de la empresa familiar. Así, por ejemplo, la mejora de labrar y poseer del Derecho gallego; o en el Código Civil Catalán que se reconoce como finalidad de los pactos sucesorios, el mantenimiento y continuidad de una empresa

⁵²⁶ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *op. cit.*, p. 445-446.

⁵²⁷ Al efecto, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, *op. cit.*, p. 233, quien considera que una de las modalidades de resurgimiento son precisamente los protocolos familiares. En nuestra opinión, tal como ya hemos tenido ocasión de manifestar, el problema que se plantea es que el protocolo no se adapta a nuestro ordenamiento y para su eficacia jurídica necesitará de otros instrumentos como son las capitulaciones matrimoniales y el testamento.

⁵²⁸ VAQUER ALCOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” en *InDret* [En línea], número 3, 2007, p.11.

familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. Otros aunque no tengan regulación específica como el Derecho catalán, ofrecen mayor autonomía de la voluntad al empresario para ordenar su sucesión que el derecho común, al tener como base la transmisión de explotaciones agrícolas, que es perfectamente trasladable hoy a la empresa familiar.

Los pactos sucesorios tienen importancia en estos territorios y se recogen en las legislaciones forales de Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia y Navarra⁵²⁹. Sin duda, en todos ellos se cohesionan el Derecho de sucesiones y el Derecho de contratos.

1.1. Peculiaridades de los Derechos aragonés, gallego y navarro

En Aragón, la sucesión paccionada se configura como el primer modo de delación voluntaria y se entiende que es aquel pacto sucesorio en el que la voluntad del instituyente queda vinculada a la voluntad del instituido, sin que tal voluntad pueda ser revocada unilateralmente, sin embargo aunque sea esta la regla general, cabe la posibilidad de revocar unilateralmente el pacto sucesorio cuando se den determinadas circunstancias. En el Código de Derecho Foral de Aragón únicamente se permite la revocación de los pactos mediante pacto sucesorio cuando: o bien se haya celebrado por las mismas personas o sus herederos, o cuando concurran causas de indignidad y desheredación, o se cumpla una causa prevista y pactada en el propio contrato, o cuando se incumplan gravemente compromisos adquiridos por el beneficiario. Si son pactos entre cónyuges, podrán quedar sin efecto en caso de nulidad, separación o divorcio.

La validez y eficacia de los pactos sucesorios no está subordinada ni a la institución de heredero ni a que el pacto abarque el destino de la totalidad de los bienes del causante y puede efectuarse con o sin transmisión de bienes al instituido, siendo diferentes las facultades de disposición en cada caso. Por otra parte, existe una asimilación en este ordenamiento de las donaciones *mortis causa* a los pactos sucesorios.

⁵²⁹ Al respecto, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., op. cit., p. 72, señala que el contrato sucesorio en estas regiones suele obedecer al propósito de escoger al hijo que va a hacerse cargo, inmediatamente o al fallecimiento de los disponentes, de una explotación agrícola porque lo habitual es que este tipo de sucesión solo se practique en las zonas rurales. Tiene como finalidad otorgar al sucesor una seguridad en ese sentido, para así persuadirlo de que colabore con sus padres en la llevanza del patrimonio familiar y asuma, a la vez, toda una serie de obligaciones.

En Galicia, nos encontramos con el denominado por el llamado “pacto de labrar y poseer”. Según este pacto que regula la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (en adelante LDCG), el causante instituye a uno de sus descendientes en una explotación agrícola o industrial a fin de mantenerla indivisa, con obligación de liquidar al resto de los herederos forzosos, en metálico o con otros bienes, sus legítimas o la porción eventualmente mayor que les corresponda. Se trata de un pacto institutivo por el que los ascendientes instituyen sucesores a sus ascendientes sobre unos bienes concretos⁵³⁰. Este pacto tenía como finalidad principal que era mantener integra la unidad familiar patrimonial de índole agraria⁵³¹.

Así, por el derecho de labrar y poseer el ascendiente que quiere conservar indiviso un lugar o una explotación agrícola o, en su caso, como novedad, una explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial, podrá pactar su adjudicación integra a cualquiera de sus hijos o descendientes⁵³².

El ordenamiento gallego deja amplio margen de decisión a las partes para que si lo estiman conveniente fijen las circunstancias en que el pacto podrá dejarse sin efecto. Así se establece en el art. 216 LDCG: *En el pacto sucesorio podrán contemplarse los supuestos en que quedará sin efecto y determinarse el ámbito residual de las facultades dispositivas de los adjudicantes, por actos inter vivos, a título oneroso o gratuito*⁵³³.

Como causas de ineficacia de los pactos de mejora de labrar y poseer, contempla el art. 222, que se produzca el *abandono en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen*.

Al margen de los anteriores, y entre otra variante de pactos sucesorios, destaca por ser de utilidad para la transmisión de las empresas familiares, la figura de la apartación. Se trata de un pacto entre el futuro causante y alguno de sus legitimarios por

⁵³⁰ Al respecto, GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, p. 1295, solo el pacto de mejora con entrega de bienes *pro futuro* puede considerarse modalidad de la sucesión paccionada.

⁵³¹ “La vigencia de un sistema de legítimas muy estricto unido a la escasez de patrimonio provocaba que la mayor parte de las veces el patrimonio agrario al morir el petrucio o el titular de la familia tuviera que ser desmenuzado entre sus descendientes llegándose con ello a situaciones antieconómicas. La mejora de labrar y poseer viene a intentar evitar estos resultados sin causar perjuicio en los descendientes que no resulten adjudicatarios de la unidad de explotación. Se trata de una figura de carácter netamente familiar puesto que solo funciona entre ascendientes y descendientes y cuyo objeto hoy en día, de acuerdo con la evolución social, se ha extendido más allá del lugar acasado, abarcando también la explotación de tipo agrícola, industrial, comercial o fabril”. GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, p. 1301.

⁵³² BELLO JANEIRO, D.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*1, *op. cit.*, p. 263.

⁵³³ Al efecto señalan GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, p. 1297, que siempre será posible incluso aunque no se previera así en el acuerdo, que las partes lo dejen sin efecto por consenso.

el que se acuerda la adjudicación de la titularidad de determinados bienes a cambio de que renuncie a su legítima con carácter definitivo. Así, se permite transmitir la empresa a quien pierde a cambio de renuncia a la legítima respecto al resto de la herencia⁵³⁴. En Álava también existe un pacto sucesorio denominado apartamiento, en virtud del cual, los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin formula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión.

Los pactos de renuncia tienen un importante valor porque a través de ellos el causante adquiere mayor margen de maniobra, respecto de la existencia de legitimarios, para organizar su sucesión por anticipado (así, por ejemplo, el causante que quiere transmitir por entero la empresa familiar a uno de sus hijos es posible que tenga que realizar con los otros pactos de renuncia), mientras que el renunciante adquiere generalmente algo a cambio de la renuncia realizada, ya sea una cuantía de dinero o un bien. El adquirir estos valores de presente (y no la legítima al fallecimiento del causante) tienen un determinado valor y además el pacto de renuncia encierra cierta

⁵³⁴ En lo que respecta a la institución de la apartación gallega, la STS, sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2016 (rec.325/2015. Ponente: MONTERO MUÑOZ. N° de sentencia 407/2016) la analiza en el Fundamento de Derecho Primero: *Analiza profundamente la Sala de instancia la institución de la apartación gallega, dando cuenta de su regulación positiva tanto histórica como actualmente, arts. 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, disponiendo el citado que «por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados»; y sobre su naturaleza jurídica se pronuncia en los siguientes términos: «La Sentencia de 22 de marzo de 2006 recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, y un estudio de su naturaleza como negocio mortis causa, señalando entre las razones que conducen a reafirmar esta naturaleza jurídica, las siguientes: El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos. Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como "un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento." (.....) Entrando sobre la proyección fiscal de la referida institución, se señala «la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata».*

aleatoriedad, por la posible diferencia entre lo que sería la legítima del renunciante y lo que recibió a cambio de la renuncia pero la seguridad de realización es total⁵³⁵.

Los pactos de mejora, por los que se conviene a favor de los descendientes la sucesión de bienes concretos, resultan de interés para la transmisión de la empresa familiar. La atribución de los mismos puede realizarse en el momento de estipular el pacto, convirtiéndose el mejorado en propietario de los bienes, o en el momento del fallecimiento del instituyente⁵³⁶.

Tanto los pactos de mejora como de apartación son figuras de gran versatilidad que permiten a los otorgantes garantizar la sucesión ordenada de su patrimonio.

En el sistema navarro la delación contractual adquiere especial relevancia al estar caracterizado por la ausencia de legítima con contenido material exigible, lo que otorga a la voluntad del ordenante un alcance extraordinariamente amplio a la hora de ordenar su sucesión⁵³⁷. No es necesario que los pactos contengan institución de heredero, ni que contengan la totalidad de los bienes, puesto que es compatible con la sucesión testada e intestada.

Históricamente, la sucesión paccionada y las donaciones *propter nuptias* han sido negocios jurídicos idóneos en orden a asegurar la continuidad de la explotación familiar agraria, ganadera, o en general la empresa familiar a través de la designación de un único sucesor, elegido generalmente de entre los hijos habidos del matrimonio en base a sus cualidades y aptitudes o al que se capacita especialmente a lo largo del tiempo para la asunción de estas responsabilidades⁵³⁸.

⁵³⁵ Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *op. cit.*, p. 326.

⁵³⁶ En este caso el mejorante conserva la plena libertad dispositiva para actos *inter vivos* a título oneroso pero carece de facultades para disponer por acto *inter vivos* a título gratuito o para disponer por actos *mortis causa* de tales bienes.

⁵³⁷ Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *op. cit.*, p. 84, “históricamente, las donaciones por razón del matrimonio han ido en Navarra ligadas a la sucesión, hasta el punto de poderse decir que al ser universales y recaer sobre todos los bienes presentes y futuros del causante, en la práctica constituyen una modalidad de institución contractual de heredero (*Pactum de succedendo*). A diferencia del Código Civil, el Fuero Nuevo no solo permite estos pactos sino que los regula con una amplitud desconocida en otros derechos forales”.

Una regulación libre de obstáculos legitimarios, como es el caso Ayala y prácticamente en Navarra, permite instrumentar el pacto sucesorio, buscando la compatibilidad, aunque invirtiendo la preferencia primigenia entre la transmisión indivisa del patrimonio familiar y la protección patrimonial del descendiente discapacitado. GIL RODRIGUEZ, J.: “La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad”. 2010, p. 14.

⁵³⁸ Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *op. cit.*, p. 108-109, “puede realizarse mediante los instrumentos donacionales *propter nuptias* navarros una importante función sucesoria en el ámbito de la empresa familiar navarra que, muy frecuentemente, ha de hacer frente al delicado problema de la designación del

Los pactos que contienen simples llamamientos a la sucesión futura tienen gran afinidad con los testamentos de hermandad, si bien la diferencia esencial radica en la irrevocabilidad de los pactos sucesorios frente a la revocabilidad aunque sea condicionada de los testamentos de hermandad⁵³⁹.

La sucesión paccionada navarra permite el pacto por el que se atribuye la herencia a un tercero. Se configura como un negocio jurídico trilateral en el que el heredero presunto dispone, a favor de un tercero, de los derechos de una herencia todavía no abierta. En la aplicación a la empresa familiar señala VALMAÑA CABANES⁵⁴⁰ que esta figura podría aplicarse a supuestos en que los descendientes del fundador decidieran entre sí, con el consentimiento de éste, de qué forma ordenaban la sucesión al frente de la empresa. Y aunque ello pudiera restar protagonismo o capacidad decisoria a ese fundador, es evidente que garantizaría un mejor fin para la sucesión, en la medida en que las personas que deberían llevarla a cabo habrían partido de la base de un consenso común para ordenarla.

1.2. Regulación en el ordenamiento catalán

En el ordenamiento catalán, la sucesión contractual siempre ha estado presente a través del heredamiento con el objetivo de conservar la unidad del patrimonio familiar.

sucesor, con lo que también en este punto puede ofrecer gran utilidad la institución que comentamos como vía de transmisión indivisa de la empresa familiar”. En la misma línea, CILVETI GUBÍA, M. B., *op. cit.*, p. 244-245, “los pactos sucesorios han sido muy utilizados en Navarra para garantizar la unidad de la Casa y la integridad de su patrimonio, así como la permanencia del mismo en la familia, para lo cual se solía designar un único heredero entre los hijos (o en su defecto entre los descendientes de ulterior grado) que mientras vivía el causante colaboraba en la explotación de la hacienda y que, a cambio, obtenía una estabilidad económica de la que, en otro caso, carecería si hubiera sido instituido en testamento, por la revocabilidad de éste. Así se realizaba de generación en generación, evitando la fragmentación de la explotación y conservándola en la familia. Era muy frecuente que los pactos sucesorios se incluyeran en las capitulaciones matrimoniales con la finalidad de establecer una organización completa de la familia, muchas veces no solo de carácter económico.

⁵³⁹ Al respecto, la STSJ de Navarra, sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2011 (rec.4/2011. Ponente FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. Nº de sentencia 9/2011. Roj.214/2011) Fundamento de Derecho Cuarto: *Dado el principio de libertad civil que proclama la ley 8 de la Compilación navarra, aplicable desde luego al ámbito de las relaciones familiares y sucesorias, y los términos tan genéricos en que están concebidos legislativamente tanto los pactos sucesorios como los testamentos de hermandad, ambas instituciones pueden tener un muy amplio contenido. Por ello resulta muy difícil establecer su diferenciación en atención solamente a sus concretas disposiciones- máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, se trata de una simple institución de heredero-, siendo, por supuesto, estériles las consideraciones que se hagan acerca de la mayor frecuencia o habitualidad de ciertas disposiciones. Además, para concluir este punto, cabe cuestionar que un testamento de hermandad otorgado por cónyuges en trance de separación sea más habitual que el llevado a cabo por quienes se instituyen recíprocamente herederos; así como que, y esto es más importante, sea frecuente insertar esta forma especial de testar dentro de unas capitulaciones matrimoniales.*

⁵⁴⁰ VALMAÑA CABANES, A., *op. cit.*, p. 140.

Los heredamientos fundamentaban el pacto entre generaciones y la transmisión del patrimonio familiar y los pactos se configuran sobre estos. Su regulación actual permite la conservación de la empresa familiar. Así, el legislador abre especialmente los pactos sucesorios a la sucesión de las empresas familiares y a la planificación de situaciones de dependencia derivadas de una mayor longevidad⁵⁴¹.

El Derecho civil catalán siempre se ha preocupado de evitar la disgregación o desaparición de la explotación familiar.⁵⁴² En este sentido, los pactos como negocios jurídicos sucesorios, resultan un instrumento útil para el relevo generacional de la empresa familiar, y así lo ha entendido el legislador catalán, art. 431-6 y 431-25 CCCat. Con el pacto sucesorio se protege la expectativa sucesoria del sucesor a la vez que le permite un mayor margen al causante para ordenar su sucesión, ya que permite establecer una finalidad o imponer cargas al favorecido, e incluso realizar atribuciones patrimoniales en vida del causante. En definitiva, ofrece mayores garantías para la continuidad de la empresa. Al empresario le posibilita anticipar la sucesión y al sucesor aceptar en vida de aquel, por lo que refuerza la seguridad para ambos⁵⁴³.

La aprobación del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, como señala el preámbulo, responde a la necesidad de adecuar el contenido de las normas relativas a la sucesión por causa de muerte a las “transformaciones de la economía, la sociedad y las familias” en las últimas décadas. Así, los pactos sucesorios tienen la finalidad de facilitar al empresario planificar su sucesión⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ BRANCÓS I NÚÑEZ, E., *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴² EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 21., “particularmente a través de figuras como la designación de heredero a través de fiduciario y los pactos sucesorios o heredamientos”.

⁵⁴³ A este respecto plantea NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 63-64, que si bien desde la perspectiva del causante, parece en una primera aproximación que el pacto sucesorio es el instrumento jurídico de planificación sucesoria que más podría motivar al sucesor, puesto que lo hace ya en vida del causante, ¿es un instrumento económicamente eficiente? Para ello hay que prever los posibles riesgos en el propio pacto sucesorio

⁵⁴⁴ En este sentido, FARRERO RÚA, A. B.: “Comentarios al Título III del Libro IV”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. AAVV (Coord. PUIG BLANES, F. D, SOSPEDRA NAVAS, F. J.) Tomo II. 2ª ed. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013, p. 321, señala que sin renunciar a la tradición jurídica catalana, se regulan ahora de modo mucho más flexible. A tal respecto, dicha regulación ha sido considerada como la herramienta que el legislador catalán le facilita al empresario que ostente la vecindad civil catalana para planificar su sucesión, con carácter vinculante, superando los ya anacrónicos heredamientos.

Del articulado de los pactos sucesorios pueden observarse varias categorías como expone GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, *op. cit.*, p. 223.

1. Se admite el pacto sucesorio de nombramiento de heredero y el pacto sucesorio de atribución a título particular. Es decir, se trata de una planificación general o particular de la sucesión.

El legislador catalán con la modificación ha pretendido que los pactos sucesorios recuperen su valor como instrumento de planificación sucesoria, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo el cambio generacional en la empresa familiar⁵⁴⁵.

En la regulación en el ordenamiento catalán, señala VALMAÑA CABANES⁵⁴⁶, que sigue existiendo una importante diferencia entre lo que la doctrina entiende como pactos sucesorios -que deberían llegar a permitir el convenio sobre la herencia de una tercera persona que aún estuviera viva-, y lo que permite el CCCat, que contiene un concepto de pacto sucesorio mucho más restringido. Con todo, para otros sectores doctrinales parece que la apertura de los pactos sucesorios a nuevas posibilidades permite que pueda aplicarse esta figura a situaciones como la de la empresa familiar, que requieren soluciones jurídicas más flexibles e imaginativas: es previsible por ello, que durante los próximos años, sea recurrente su uso en la organización y planificación de la sucesión en este tipo de empresas.

En cuanto a la sucesión contractual el CCCat distingue entre pacto que confiere el título de heredero universal, y el que confiere un título sucesorio particular. Además permite ordenar la sucesión con la misma amplitud que el testamento, tal como dispone el art. 431-5 CCCat.

Por la naturaleza de la legítima catalana, sirven como forma de satisfacción de esta aunque si la atribución particular es insuficiente dará derecho a reclamar el suplemento de legítima.

Ahora bien, la institución de heredero hecha en pacto sucesorio y en testamento son incompatibles, es posible tan solo en una serie de casos, resultando especialmente

-
2. Se admiten las disposiciones a favor de los otorgantes, sean o no de manera recíproca, y a favor de terceras personas no otorgantes del pacto sucesorio. Es decir, la vinculación puede darse entre el causante y su sucesor o entre el causante y otras personas a favor de un tercero.
 3. Igualmente se admiten los pactos sucesorios con carácter preventivo tanto de institución de heredero como de atribución particular.
 4. Se admiten limitadamente los pactos de renuncia de derechos sucesorios.

⁵⁴⁵ Vid. NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 42-43, el legislador catalán desliga los pactos sucesorios del matrimonio y amplía el ámbito de aplicación subjetivo, de suerte que puedan celebrarse pactos sucesorios no solo entre los cónyuges o futuros cónyuges o sus ascendientes o descendientes, sino también entre miembros de uniones estables de pareja, entre parientes colaterales por consanguinidad y por afinidad. Se facilita así que se organice la transmisión de la empresa familiar.

⁵⁴⁶ VALMAÑA CABANES, A.: *op. cit.*, p. 131.

llamativo que el legislador catalán haya establecido la preferencia del pacto sucesorio en el que se instituye heredero respecto de la sucesión testada, art. 411-3.3 CCCat⁵⁴⁷.

Respecto a los otorgantes, el art. 431-2 CCCat restringe el círculo de personas con quien se puede otorgar pacto sucesorio al ámbito familiar. Cabe destacar que conforme a lo dispuesto en el apartado 17 de este precepto, el divorcio, separación o nulidad no alteran la eficacia del pacto sucesorio, salvo que se hubiera designado al cónyuge (o conviviente) o alguno de sus parientes. En este caso el pacto deviene eficaz, siempre sin perjuicio de acuerdo en contrario⁵⁴⁸.

Al tener que existir un vínculo de parentesco entre los otorgantes del pacto, no cabe otorgarlos entre socios, por lo que se realizan casi en exclusiva para las empresas familiares⁵⁴⁹.

El art. 431-25.2 CCCat establece una serie de reglas especiales para los pactos cuya finalidad es la conservación o transmisión de empresas familiares o establecimientos profesionales y el incumplimiento de la finalidad. En este caso podría dar lugar a la revocación del pacto⁵⁵⁰. Como señala FERNÁNDEZ DEL POZO⁵⁵¹ la conservación de la unidad empresarial en interés de la familia ex art. 431-6.2 CCCat, es

⁵⁴⁷ ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 169, es posible en los siguientes casos: a) Pactos de atribución particular y pactos de renuncia, b) Heredamientos preventivos, c) Premoriencia del heredero contractual, d) Pacto reversional.

⁵⁴⁸ Al respecto, ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 59-60, señala que “hasta la aprobación de la ley 6/2015, de 13 de mayo, en la sucesión testamentaria sucedía de manera contraria, dado que la disolución del matrimonio o la pareja estable implicaban la ineficacia sobrevenida de la designación a favor del cónyuge o conviviente pero no la de los parientes afines. Una posible explicación a este diferente régimen de ineficacia sobrevenida podía encontrarse en la irrevocabilidad del pacto sucesorio. El testador puede modificar su voluntad en cualquier momento, mientras que el otorgante del pacto está afectado por la irrevocabilidad del mismo y por lo tanto, por regla general, no puede modificar su voluntad unilateralmente. De tal manera que la regla pasa a ser la misma para la sucesión contractual y la testamentaria”.

⁵⁴⁹ PLANEA FERRÁN, M., *op. cit.*, p. 73.

⁵⁵⁰ A este respecto, BOSCH CARRERA, A., *op. cit.*, p. 130, puede convenirse que su transmisión onerosa, o la de las acciones o participaciones sociales que la representen, así como la renuncia al derecho de suscripción preferente, deba hacerse con el consentimiento expreso de la persona instituida, si es otorgante del pacto sucesorio, o de terceros (art. 431-25.2 CCCat).

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán” *op.cit.*, p. 73.

Nos parece interesante la reflexión que realiza VALMAÑA CABANES, A, *op. cit.*, p. 133 acerca de sucesión paccionada catalana, resaltando que la utilidad de la tradición de esta es tan importante que, en el momento actual, tal vez sería conveniente apostar más por adecuar sus figuras a las necesidades de la empresa familiar en lugar de dedicar todos los esfuerzos a lo que, críticamente, determinada doctrina califica como los “mal llamados protocolos familiares”. Si bien, las instituciones sucesorias y los protocolos familiares no son instituciones incompatibles, sino más bien deben complementarse. La solución será ver de qué modo pueden encajar con las disposiciones sucesorias para conseguir los objetivos de transmisión de la empresa familiar.

la “finalidad” que legitima en Derecho de sucesiones catalán la válida adopción de una disposición *mortis causa* en cuya virtud el causante impone a herederos o legatarios la carga modal que consiste en el cumplimiento de un protocolo familiar sucesorio ex arts.431-8.4 y 431-25.2 CCCat.

Por otro lado, es oportuno referirse a otro pacto, el que resulta eficiente para organizar la sucesión en la empresa familiar es el pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo⁵⁵². El libro IV del CCCat regula los denominados pactos de atribución particular, modalidad de pacto sucesorio que permite la “sucesión anticipada” en vida del causante sobre bienes concretos, y que puede ser la totalidad, o sobre un porcentaje de la empresa familiar e incluso es posible pactar, al otorgamiento las causas de revocación unilateral⁵⁵³.

Estos pactos presentan cierta similitud con los pactos sucesorios de mejora del ordenamiento gallego en cuanto suponen la atribución de bienes concretos, si bien se diferencian en el sujeto beneficiado por ellos, en Derecho gallego debe ser un descendiente –necesariamente-, y en Derecho catalán puede serlo un tercero ajeno a la familia⁵⁵⁴.

⁵⁵² Vid. NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁵³ Vid. SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos de atribución particular: Entre la “sucesión anticipada” y su complementariedad con las disposiciones de última voluntad”, en *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (Dir. ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M. L.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015, p. 214. Los considera como una de las innovaciones que presenta el CCCat dentro de la novedosa regulación de los pactos sucesorios, SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Pactos sucesorios de atribución particular: Su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña” en *Revista General de Derecho Romano* nº16 2011.

DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., *op. cit.*, p. 58, resaltan su eficiencia para conseguir los objetivos que se persiguen en la sucesión de una empresa familiar por los siguientes motivos:”1. Permite que todos los interesados en la sucesión intervengan en el proceso sucesorio: el otorgamiento del pacto de atribución particular en el que se planifica la sucesión de la empresa familiar, puede dejar el destino *mortis causa* de los demás bienes particulares del empresario fuera de este acuerdo. 2. Con relación al pago de las legítimas de los hijos del empresario causante, justo es decir que las atribuciones particulares son las últimas en reducirse en los casos de reclamación de la legítima por alguno de los hijos. En cualquier caso, resulta aconsejable prever con qué otros bienes de la herencia-no integrantes del patrimonio de la empresa familiar-se puede hacer frente al pago de las legítimas. 3. En cuanto a la cuota mínima hereditaria que le corresponde al heredero, las atribuciones particulares hechas en un pacto sucesorio no serán reducibles incluso aunque no quede capital sucesorio suficiente para pagarla. De este modo, mediante el pacto de atribución particular se garantiza la integridad de la empresa familiar. 4. El sucesor de la empresa no responderá tampoco por las deudas de la herencia, puesto que a efectos del Derecho de sucesiones es un legatario y no sucede en sus deudas, al contrario que el heredero universal que sí responderá por las deudas que deje su causante, todo esto con independencia de la responsabilidad por el pasivo de la empresa”.

⁵⁵⁴ NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya” en *Indret* [En línea], núm. 2. 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/636_es.pdf, p. 6.

Se constituyen así en un instrumento que permite pactar la sucesión en determinados bienes o derechos concretos sin tener que pactar la sucesión en su conjunto. Podríamos decir que los pactos sucesorios de atribución particular son como una especie de legado contractual, al tener carácter irrevocable aunque puede conseguirse la revocabilidad unilateral con cierta extensión. De hecho, el art. 431-30.5 CCCat dispone que a falta de previsión se estará a las normas reguladoras de los legados aunque solo en lo que sea compatible con la naturaleza irrevocable de estos pactos sucesorios de atribución particular⁵⁵⁵.

En este sentido, podría incorporarse en el Derecho común como excepción a la prohibición de los pactos sucesorios puesto que no versan sobre la universalidad de la herencia.

Además, son compatibles con la sucesión testamentaria y no es extraño cuando en el pacto se ha dispuesto el capital social de la empresa familiar y queda poco patrimonio por disponer.

Un aspecto importante a tener en cuenta sobre los pactos de atribución particular es que permiten planificar la sucesión, con posibilidad entrega de presente, en cuyo caso serán considerados como donación, sin embargo no son fundamento de vocación sucesoria como dispone el art. 411-3.1 CCCat, por lo que el causante fallecerá intestado⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ BRANCÓS I NÚÑEZ, E., *op. cit.*, p. 163, la particularidad esencial estriba en que, por una parte, el disponente conserva la propiedad de los bienes atribuidos hasta el momento de su fallecimiento pero, al propio tiempo, no puede disponer de ellos puesto que se trata de bienes concretos y determinados cuya enajenación frustraría la finalidad pretendida.

En opinión de NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”, *op. cit.*, p. 33, la remisión a la regulación de los legados presenta una redacción incorrecta. “Estas normas solo se aplican en la medida en que sean compatibles con la naturaleza irrevocable de la atribución particular, reza el art. 431-30.5 CCC”.

En el caso de la empresa familiar como señala VALMAÑA CABANES, A, *op. cit.*, p. 132, podría consistir en la transmisión del capital social del que fuera titular el causante a un miembro determinado de su familia, con independencia de cuál fuera su heredero o de qué destino se le diera al resto del caudal hereditario.

Respecto a las causas de revocación, entiende SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Pactos sucesorios de atribución particular: Su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, que no podrá alegarse que la excesiva amplitud en dichas causas pactadas de revocación unilateral desnaturalizan los pactos sucesorios, por ser justo su admisión una de las singularidades que facilitará la transmisión de la empresa o del capital social; no obstante si parece necesario que respondan a una causa coherente o justificable con el fin finalidad expresada y a alcanzar con el pacto sucesorio, que, por otra parte, es requisito que debe expresarse al otorgar la atribución particular por ser elemento a valorar y que incide, como se acaba de decir, en las causas determinantes de la revocación unilateral.

⁵⁵⁶ Por este motivo señala SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos de atribución particular: Entre la “sucesión anticipada” y su complementariedad con las disposiciones de última voluntad”, *op. cit.*, p. 215-216, que parece conveniente que como elemento de cierre de la sucesión se otorgue, cuando menos testamento, incluso si menester fuese se nombre un albacea universal, de mera entrega del remanente. Su utilidad se puede encontrar en los siguientes supuestos:

Por otra parte, se permite la existencia de un pacto sucesorio con atribución particular con independencia de que exista la institución de heredero (art. 431-8.1. CCat).

Entre el diverso contenido de estos pactos y en lo que a la empresa nos interesa, puede ser el protocolo familiar, pactos parasociales y prematrimoniales en su posible unidad instrumental. Conforme a ello, y al poderse ordenar ya en vida la sucesión particular, el pacto permite adaptar las diversas situaciones matrimoniales, piénsese en los segundos matrimonios y las diferentes necesidades económicas al fallecimiento del causante⁵⁵⁷.

1. En los segundos o ulteriores matrimonios, al permitir garantizar al nuevo cónyuge, e incluso hijos de este segundo matrimonio, la vivienda habitual y otros concretos bienes, mediante atribución particular al efecto, y, a la vez, mediante otra atribución particular, a los hijos del primer matrimonio, la sucesión en la empresa o negocio familiar o su capital social.
2. En la sucesión de hermanos o de determinados parientes, solteros o viudos, que se cuidan unos a otros, con incluso fideicomisos a favor de otros parientes o sobrinos, o también, de terceras personas, no parientes ni otorgantes.
3. En la protección de personas con discapacidad, en las que precisamente estos pactos de atribución particular pueden ser singularmente útiles, tanto por atribuir bienes concretos, como por poder nombrar cargos protectores o de administración del patrimonio, como por poderse hacer sin necesidad de que intervenga el discapacitado que puede ser mero beneficiario.
4. La regularización de situaciones de titularidad fiduciaria, así cuando el causante no es sino mero titular formal, o fiduciario, y el beneficiario es el titular material. La razón puede estar en evitar tener que acudir a negocios *inter vivos* (con los que se reintegre la plena titularidad a su propietario por el que es titular formal, caso de la fiducia *cum amico*) con su consiguiente gravosa tributación, por no gozar de las bonificaciones fiscales que si se dan en materia sucesoria o incluso por mantener esta relación fiduciaria hasta el último momento, con la garantía que da su carácter contractual, frente a la esencial revocabilidad de las disposiciones testamentarias.
5. En la consecución de efectos muy similares a algunas de las modalidades del *trust* anglosajón, en lo que jurídicamente es posible y factible en nuestro ordenamiento, dada la muy diferente configuración de la propiedad (al no existir en nuestra legislación civil la *equity*).
En todo caso, en el CCCat, cabría la entrega de presente, o condicionada, con o sin muy concretas reglas de gestión o disposición, y, además, con o sin cláusula fideicomisaria, todo de forma contractualizada, art. 431-29.3; a lo que podría unirse una amplia delimitación de causas de revocabilidad, art. 431-14.1, según la protección que se quiera dar al beneficiario.

Igualmente, DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., *op. cit.*, p. 74, consideran que de acuerdo con la norma 427-42 *in fine* CCCat aunque el heredero no pueda recibir la cuota hereditaria mínima, no podrá reducir la disposición hecha en un pacto de atribución particular, consiguiendo de este modo garantizar la integridad de la empresa y evitar su reducción. En este sentido, los pactos de atribución particular son idóneos para garantizar la continuidad de la empresa familiar (...) No obstante, lo cierto es que si se opta por transmitir la empresa familiar en pacto sucesorio de atribución particular y no existen más bienes que transmitir vía testamento, la figura del heredero puede quedar “desvirtuada”, en el sentido que el heredero no pasará a ocupar el lugar del causante, sino que únicamente lo sucederá en sus obligaciones, pero no en cambio en sus bienes y derechos.

⁵⁵⁷ SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Pactos sucesorios de atribución particular: Su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, “debe señalarse que estos pactos de atribución particular son la vía más propia, más incluso que los heredamientos por ser estos de institución de heredero para ordenar la sucesión respecto de la empresa o negocio familiar, dado que de ordinario no será ello el total patrimonio, y, además, podrán utilizarse tanto si es una sociedad de capital, sean acciones o participaciones, como si es una *universitas* o empresario individual”.

El que se otorguen con carácter preventivo significa que, pueden ser revocables unilateralmente por negocio posterior, o bien mediante el otorgamiento de otro pacto sucesorio, o bien mediante un testamento abierto notarial puesto que su finalidad esencial es evitar que al morir el causante deba abrirse la sucesión intestada pero para que tenga este carácter debe constar expresamente. Adviértase que si los bienes concretos que comprende la atribución se transmiten de presente, estaríamos ante una donación inter vivos y no tendría aplicación las causas de revocación unilateral de los pactos sucesorios, no ocurrirá si en la atribución particular de una empresa familiar se prevé la sucesión futura⁵⁵⁸.

Se admite la revocabilidad por causas de indignidad y por voluntad unilateral en algunos supuestos, especialmente por incumplimiento de las cargas o por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad perseguida por el pacto. De esta manera, el empresario catalán puede instituir un heredero de forma irrevocable e imponer las cargas modales que considere oportuno⁵⁵⁹.

Para finalizar este apartado reseñamos que los pactos sucesorios en el Derecho civil catalán han tenido unos orígenes y una función determinados y limitados, pero en la actualidad hay que encajar esta figura en la realidad económica actual y, en este sentido, el pacto sucesorio como negocio convencional debe contemplarse como “organizador de cooperación” entre los contratantes⁵⁶⁰.

2. Reseña al derecho italiano y francés

Tanto en el ordenamiento italiano como francés, se han llevado a cabo modificaciones en el derecho sucesorio con el fin de encajar la sucesión contractual como modalidad de sucesión. En ambos existía una prohibición de los pactos sucesorios

⁵⁵⁸ En relación a lo expuesto, *vid.* ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 88- 89, señala que estas atribuciones particulares hacen que haya problemas de calificación negocial y dificultades de distinción con la donación mortis causa y la donación inter vivos con aplazamiento de la entrega del bien a la muerte del donante. Si bien, son instituciones con una regulación y unos efectos diversos pero que producen un resultado similar. Esto quiere decir que los particulares tienen a su alcance diversos mecanismos con diversa regulación para obtener un mismo resultado: la celebración de un negocio inter vivos con efectos a la muerte del causante que se puede articular como revocable o irrevocable. En la práctica es frecuente que el objeto del pacto de atribución particular sea un paquete de acciones o participaciones de empresas familiares. *Vid.* BOSCH CARRERA, A., *op. cit.*, p. 156.

⁵⁵⁹ Añaden DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R., *op. cit.*, p. 59, que incluso el pacto sucesorio de atribución particular adoptado en el seno del protocolo familiar otorga seguridad a los terceros porque mediante la inscripción de este en el Registro mercantil es conocida su existencia y produce efectos *erga omnes*, también en vida del causante.

⁵⁶⁰ ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 36.

similar a la vigente en nuestro sistema pero su derecho ha evolucionado para adecuarse a la realidad socioeconómica.

2.1. El “Pacto de familia” en el Código Civil italiano

En el ordenamiento italiano se introduce una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios, el “*Patto di Famiglia*”. Con ello, el Código civil italiano regula junto a la sucesión hereditaria legal y la testamentaria, el pacto de familia para satisfacer las necesidades relacionadas con la transición intergeneracional de la empresa. A modo de pacto sucesorio, (i) el empresario trasfiere la titularidad de la empresa a favor de un descendiente, (ii) y este asume a su vez la obligación de liquidar en favor de los restantes coherederos sus respectivas cuotas de la herencia, garantizando así el derecho de otros futuros legitimarios. Por lo que estaríamos ante dos contenidos sucesorios, uno de derecho para el instituido y otro de obligación, conectados entre sí y dirigidos a lograr un determinado efecto a la apertura de la sucesión⁵⁶¹.

El legislador en 2006 flexibilizó la restricción de otorgar pactos sucesorios introduciendo esta excepción con los art. 768 *bis* al art. 768 *octies* del *Codice Civile*, que define el Pacto de Familia como un contrato típico y solemne por el que el empresario individual o el titular de participaciones sociales, el disponente, asigna, en todo o en parte, la empresa familiar o las cuotas societarias de la sociedad mercantil titular de esta, con efecto inmediato y sin recibir retribución alguna, al descendiente o descendientes, asignatario o asignatarios, elegido por aquél en atención a su mayor idoneidad para la continuación de la gestión del patrimonio empresarial familiar⁵⁶².

Se configura como un contrato por el que el empresario transmite, en todo o en parte, la empresa o cuotas, partes o participaciones sociales, a uno o más descendientes, respetando la diferente tipología societaria y compatibilizándolo con la disposición sobre la empresa familiar. Este pacto lo define GIAMPETRAGLIA⁵⁶³ como el contrato

⁵⁶¹ Vid. PILIA, C.: “Autonomía privada, familia y herencia: El instrumento contractual para definir las relaciones y resolver los conflictos,” en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, p. 162.

⁵⁶² GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria: El cambio generacional en las empresas familiares” en *Revista Jurídica del Notariado* n° 85, enero-marzo 2013, p. 412.

⁵⁶³ GIAMPETRAGLIA, R.: “La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 67, fasc. IV. 2014, p. 1171, el pacto de familia constituye la respuesta dada, por el legislador italiano, a las peticiones de los empresarios de tener a su disposición instrumentos idóneos para garantizar el pacto generacional de sus empresas: representa, además, una señal de enorme relevancia y de notable carácter innovador desde el momento que tiende a exaltar y a

a través del cual el empresario transfiere, total o parcialmente la empresa- y el titular de participaciones societarias transfiere, total o parcialmente, sus cuotas- a uno o más descendientes, garantizando la protección de los derechos de los futuros legitimarios. En definitiva, (i) autonomía de la voluntad del empresario que “designa” al heredero de entre todos los posibles; (ii) objeto sobre el que recae, la empresa -total o parcialmente-; y (iii) causa lícita, salvaguardar la continuidad de la empresa.

De este modo, los empresarios pueden asegurar la continuidad, la estabilidad y la eficiencia de una empresa ya activa en el mercado y pueden evitar que la misma se vea comprometida por las vicisitudes sucesorias⁵⁶⁴. Además a través de este contrato se pretende conciliar el derecho de los legitimarios a obtener la cuota de legítima que les corresponde con el interés del empresario en garantizar la continuidad de la actividad empresarial⁵⁶⁵, ya que el beneficiario del pacto debe compensar en metálico al resto de los legitimarios. Ahora bien, lo recibido por el pacto no será objeto de colación o reducción⁵⁶⁶. Por lo que siendo un pacto que afecta al disponente y al descendiente adjudicatario, también puede afectar al resto de los legitimarios en cuanto perjudique sus legítimas, en cuyo caso, podrán reclamar la liquidación de su cuota.

Por todo ello, supone un instrumento contractual de sucesión mediante el cual el empresario trasfiere la titularidad de la empresa a favor de un descendiente que asume a su vez la obligación de liquidar a favor de los restantes coherederos sus respectivas cuotas de la herencia. Es un verdadero acto *inter vivos* y no *mortis causa*, puesto que el legislador italiano anticipa la apertura de la sucesión del disponente en el momento de la conclusión del pacto⁵⁶⁷.

valorar el poder de la autonomía de la voluntad en un sector en el que tradicionalmente, siempre ha estado limitada. En este sentido, señala RODRÍGUEZ-URÍA SÁREZ, *op. cit.*, p. 93, que “el beneficiario o los beneficiarios de tal transmisión deben corresponderse con aquellos que serían legitimarios del disponente en el caso de que se abriera su sucesión en el momento del otorgamiento del pacto de familia”.

⁵⁶⁴ Como así se desprende de cuanto refiere GIAMPETRAGLIA, R., *op. cit.*, p. 1173.

⁵⁶⁵ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *op. cit.*, p. 35, los empresarios italianos cuentan con un nuevo instituto jurídico lo más idóneo posible para resolver los problemas inherentes a la salvaguardia de la unidad y de la eficiencia del conjunto de bienes empresariales, del mantenimiento de la unidad de control, de la sucesión en la dirección de empresa con efectos de estabilidad, etc., a través de la exclusión de las instituciones clásicas sucesorias de la reducción y de la colación respecto de los bienes objeto del *Patto di Famiglia*, que vienen transmitidos específicamente a uno o varios de sus legitimarios. El presupuesto esencial para su existencia es que existan descendientes.

⁵⁶⁶ GIAMPETRAGLIA, R., *op. cit.*, p. 1182, los bienes objeto de pacto no están sujetos ni a reducción ni a colación, salvo la regulación de la impugnación de los legitimarios y de los coherederos no participantes.

⁵⁶⁷ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *op. cit.*, p. 128

El *patto di famiglia* italiano también tiene la finalidad de conservación de la unidad de la gestión empresarial.

Dicho todo esto, no está de más recordar que en Italia, al igual que en nuestro Derecho común, existía una prohibición absoluta de los pactos sucesorios, y que esta ha cedido ante el pacto de familia, debido a que parte de la doctrina solicitó la flexibilización de la prohibición⁵⁶⁸, si bien, y para llegar al mismo resultado en nuestro ordenamiento, lo importante es admitir que el pacto sucesorio no coarta la libertad de disposición del causante ni es contrario al orden público. De lo que se trata es de flexibilizar el sistema para facilitar la transmisión de la empresa a la siguiente generación y evitar que el fallecimiento del titular sea el fin de la empresa.

Este instrumento del ordenamiento italiano permite planificar la sucesión, por lo que ofrece una gran ventaja para la continuidad de la empresa familiar.

2.2. Los “Pactos de sucesión futura” en el Derecho francés

En el derecho francés antes de la Ley de 23 junio de 2006, los pactos sucesorios eran nulos de pleno derecho, sin embargo, a partir de esta ley se permite, con ciertas reservas, los pactos de sucesión futura⁵⁶⁹. Esta reforma al Código civil francés amplía el círculo de excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios: la renuncia anticipada a la reducción por lesión de la legítima, la donación-particional transgeneracional y el ensanchamiento del ámbito subjetivo de la donación-partición. Si bien, la prohibición sigue vigente aunque se solicitara su derogación y a cambio la elaboración de una lista que recogiera aquellos concretos pactos sobre la sucesión futura que debían prohibirse⁵⁷⁰.

En consecuencia, el legislador francés fue consciente de que las prohibiciones sobre los pactos sucesorios no estaban justificadas en los tiempos actuales y que el

⁵⁶⁸ GIAMPETRAGLIA, R., *op. cit.*, p. 1197, si bien, no está exento de problemas y son necesarias realizar ciertas correcciones en cuanto a su aplicación, contribuye a la adaptación del derecho sucesorio italiano a las cambiantes exigencias de mercado.

⁵⁶⁹ FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*, *op. cit.*, p. 397, señala que estos pactos permiten acuerdos familiares para transmitir determinados bienes, por ejemplo a un legitimario con minusvalías, o para facilitar la transmisión de la empresa familiar.

⁵⁷⁰ HERRERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. AA.VV. (Coord. GARCIA RUBIO, M. P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2009, p. 464.

Derecho debía adecuarse a la realidad social. Así, el Derecho sucesorio francés ha introducido los denominados *pactes de famille*, que han alcanzado su importancia en materia de empresa familiar⁵⁷¹.

Ya se había puesto de manifiesto con anterioridad por el Consejo Superior del Notariado francés, que la prohibición de los pactos sucesorios no tenía muchos defensores y no entendía como la jurisprudencia en su aplicación estricta del *Code* hacia fracasar pactos que resultaban prácticos y satisfactorios para los regímenes familiares⁵⁷². Así, a través de estos, aunque continúe la prohibición, se ha flexibilizado de manera notable esta, permitiéndose una mejor planificación de la sucesión.

IV. FINALIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS: MANTENIMIENTO DE LA EMPRESA FAMILIAR

Se han concebido como un instrumento para conservar íntegro e indiviso el patrimonio familiar y además se puede hacer constar que se otorga con la finalidad de mantener o transmitir indivisa la empresa familiar⁵⁷³. Pero ¿cuál es la finalidad de los pactos sucesorios? Podemos decir que están dirigidos a la ordenación de manera anticipada de la sucesión del causante, creando el marco jurídico adecuado, con la finalidad última de garantizar la estabilidad y continuidad de la empresa familiar. En

⁵⁷¹ CUCURULL POBLET, T. *op. cit.*, p. 96.

⁵⁷² HERRERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, *op. cit.*, p. 463, “en sus conclusiones finales el Consejo proponía admitir los pactos sucesorios pero con ciertas condiciones de fondo y forma como garantía de protección del orden público y de los individuos, y finalmente se mostraba favorable a crear una nueva categoría de contrato, el pacto de familia, que tendría como objetivo repartir de forma definitiva ciertos bienes, definir métodos de valoración y resolver todo tipo de problemas con origen en una sucesión y que seguramente serían resueltos de mejor forma en la serenidad familiar con la dirección paterna, que después de una muerte. Además, en el año 2004 el Ministerio de Justicia hizo llegar al gremio notarial un cuestionario a través del cual pretendía conocer su opinión respecto a la materia sucesoria, consecuencia de lo cual más de tres millones de respuestas fueron tenidas en cuenta en el momento de enfocar la reforma”.

⁵⁷³ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *op. cit.*, p. 44-45, “un ejemplo sobre la relación entre la vinculación y la razón económica del pacto sucesorio, puede darse en los casos en los que el futuro causante realiza un pacto sucesorio con uno de sus descendientes para transmitirle íntegramente la empresa familiar. Los estudios sobre la transmisión de la empresa familiar muestran que muchas de ellas cierran su actividad cuando su titularidad es compartida por varios herederos y, por tanto, aconsejan para su continuidad la transmisión íntegra de la misma a una sola persona. El causante que quiere garantizar la continuidad de su empresa puede otorgar un pacto sucesorio instituyendo heredera a la persona a la que quiera confiar la dirección de la empresa (generalmente es uno de los hijos que trabaja en ella); la vinculación de las partes al pacto sucesorio da una garantía al causante de que a su fallecimiento la empresa estará dirigida por la persona que estime conveniente y habrá más posibilidades de éxito en la continuidad de la actividad empresarial pero además se consigue una mayor implicación de esta persona en la empresa, al tener la seguridad el instituido de que esta será de su propiedad en un futuro. Este grado de seguridad no la tienen el instituido a través de un testamento, puesto que el causante no está vinculado a las disposiciones del mismo y puede modificarlas en cualquier momento”.

este sentido, a la vez que crea seguridad, es incentivador de una determinada conducta por parte del favorecido.

Como señala BOSCH CARRERA⁵⁷⁴ la finalidad de un pacto sucesorio puede llegar a ser determinante siempre que se así se haga constar de forma expresa, indicando que tal o cual finalidad tienen el carácter esencial y determinante para el pacto sucesorio. Es además el incumplimiento de esta finalidad lo que puede dar lugar a su revocación unilateral. En nuestra opinión cuando se ordena la sucesión en la empresa familiar por medio de pacto deberá constar dicha finalidad determinante porque de otro modo no se lograría la efectividad que se persigue, que no es otra que su continuidad y pervivencia dentro de la familia.

En efecto, es el camino que están siguiendo estos pactos, sobre todo los de atribución particular⁵⁷⁵. Se trata de plasmar en el contrato que la finalidad de esta modalidad de sucesión es conservar en la línea consanguínea la estructura de propiedad de la empresa y también la gestión y administración de las participaciones sociales de las sociedades que formen parte del grupo empresarial, sin dar entrada a terceros⁵⁷⁶.

El ordenamiento catalán permite imponer cargas a los favorecidos. “Si procede, también debe hacerse constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto” (art. 431-6. 1). Estas pueden consistir en el cuidado y atención del otorgante o de un tercero y la finalidad puede ser entre otras como señala el art. 431.6.2 CCCat, el *mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional*.

Con la regulación de esta finalidad, el legislador ha querido que los pactos sucesorios den respuesta a la problemática de la sucesión en la empresa familiar.

El contrato sucesorio denominado heredamiento precisamente tiene la finalidad de transmitir íntegro a un heredero único el patrimonio acumulado por las generaciones anteriores para que lo transmita a las siguientes. Así, la función principal que cumplen

⁵⁷⁴ El art. 431-6.2 CCCat se refiere en concreto a la finalidad que consiste en “el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional”. BOSCH CARRERA, A., *op. cit.*, p.102.

⁵⁷⁵ *Vid.* SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces para la transmisión de la empresa familiar en el Derecho sucesorio catalán”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA. VV. (coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 79.

⁵⁷⁶ *Vid.* LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M., *op. cit.*, p. 72.

los pactos en el ordenamiento catalán, es la de servir como instrumento de planificación sucesoria. Al ampliar el número de personas con las que puede otorgarse pactos sucesorios, -ya no son solo los cónyuges-, se facilita que se organice la transmisión de la empresa familiar (art. 431-2 CCCat).

El pacto permite realizar asignaciones de elementos concretos de la herencia como podrían ser las acciones de la empresa y se puede hacer tanto con la finalidad de mantener la continuidad de la empresa como la de evitar su división.

En el ámbito de la empresa las cualidades del sucesor son determinantes del cumplimiento de la finalidad del pacto sucesorio, por lo que la transmisibilidad a favor de los descendientes del heredero deberá supeditarse al cumplimiento de las finalidades determinantes del pacto⁵⁷⁷.

En consecuencia, es conveniente que conste de forma clara la finalidad de la disposición sucesoria para en su caso, instar la revocación por incumplimiento de la misma.

V. LA REVOCACIÓN DEL PACTO

1. Causas de revocación

La diferencia que presenta el pacto sucesorio con el testamento es que este descansa sobre la voluntad unilateral del causante, sin embargo aquel se configura como acuerdo de voluntades, de carácter bilateral, del que nacen obligaciones y se determinan consecuencias jurídicas. Derivada de su propia regulación (art. 1089, 1091, 1258 CC), como regla general, es irrevocable. Salvo mutuo disenso, o previsión legal o pactada. De ahí que en este caso, el pacto al respecto sea esencial para su resolución o modificación-voluntad de instituyente e instituido-. Se puede insertar una cláusula en el pacto que admita la revocabilidad unilateral cuando concurren determinadas causas. En el ordenamiento alemán se contempla específicamente la posibilidad de que el causante resuelva el contrato si en el propio contrato se hubiese hecho reserva de dicha facultad⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Vid. BRANCÓS I NUÑEZ, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷⁸ SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 517.

La regulación expresa de las causas de revocación unilateral de los pactos sucesorios supone la plasmación del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad sucesoria, si bien obviando que dichos pactos son la constatación de un concierto, es decir de un tipo de sucesión contractual⁵⁷⁹.

Al respecto de la regulación en el CCCat, señala BRANCÓS I NUÑEZ⁵⁸⁰, que la posibilidad de revocación “resulta crucial en la nueva ordenación de los pactos sucesorios. Si se compara con el antiguo pacto de unidad económica familiar, cuya ruptura no daba lugar a la resolución de la institución de heredero contractual, ahora por el contrario, la sobreveniencia de unas causas pactadas, el incumplimiento de cargas o finalidades, o la alteración sustancial de circunstancias, permiten la revocación unilateral del pacto, y por ende, de la institución de heredero contractual. Ser heredero contractual no significa serlo bajo cualquier circunstancia”.

El ordenamiento catalán permite que los otorgantes pacten un gran número de causas de revocación unilateral, tal flexibilidad podría traducirse en la libre revocación por parte de alguno o de algunos de los otorgantes. Sin embargo, no parece posible, que se pacte la libre revocabilidad del pacto sucesorio, pues ello desvirtuaría, el sentido y finalidad de la figura⁵⁸¹.

Concretamente, el art. 431-14 CCCat prevé, además de la revocación por indignidad (art. 431-13 CCCat), causas de revocación por voluntad unilateral⁵⁸²:

- a) Las causas pactadas expresamente
- b) Incumplimiento de cargas impuestas al favorecido
- c) Por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad determinante
- d) Por cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron el fundamento del pacto.

Y dice más en el párrafo 2º del art. 431-14, que dicha facultad de revocación caduca a los 4 años desde que se produjo el hecho determinante.

Las causas que den lugar a la revocación del pacto deben ser previsibles porque las condiciones y circunstancias en que se otorgó el pacto sucesorio fácilmente

⁵⁷⁹ Vid. FARRERO RÚA, A. B., *op. cit.*, p. 341.

⁵⁸⁰ BRANCÓS I NUÑEZ, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁸¹ Vid. DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 1379, sin embargo, el propio CCCat contempla un caso, el heredamiento preventivo, en el que la revocación del pacto es absolutamente libre, art. 431-21.1 CCCat.

⁵⁸² A este respecto, ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 212, señala que a diferencia de la revocación por indignidad, la legitimación para ejercer la acción de revocación por las causas previstas en este precepto no está restringida al causante sino que están legitimados todos los otorgantes.

cambiaran porque no permanecen inalterables. Si las partes no han previsto estas causas, producidos los hechos, las partes no podrán revocar el pacto⁵⁸³.

Una cuestión más al respecto, este ejercicio de revocación unilateral del pacto debe seguir las siguientes pautas, tal como establece el art. 431-15 CCCat: (i) manifestación en escritura pública y notificación a los demás otorgantes del pacto; (ii) cabe oposición por la persona afectada en el plazo de un mes desde la recepción de la notificación y a falta de la misma, el pacto queda sin efecto; (iii) si existe oposición, la acción de revocación deberá ejercerse ante la autoridad judicial en el plazo de un año desde la oposición, o bien desde el otorgamiento de la escritura de revocación.

Por otro lado, resulta muy conveniente la inclusión en el propio pacto de cláusulas de revisión para ir adaptándolo, como mantiene NAVAS NAVARRO,⁵⁸⁴ a la “normal inestabilidad de las circunstancias”.

De la revocación del pacto, este deviene ineficaz, y se vuelve a la situación anterior, como si el pacto no se hubiese otorgado. Ahora bien, cuando el pacto lleva aparejada unas cargas, estaríamos ante la aplicación de la resolución de contratos sinalagmáticos por inejecución de una de las partes de sus obligaciones⁵⁸⁵.

2. Revocación por cambio sobrevenido de circunstancias

Piénsese que el pacto es posible que este vigente durante muchos años, como contrato de larga duración conlleva la inseguridad e imprevisibilidad, las circunstancias existentes en el momento de su celebración pueden haber variado sustancialmente, hasta el punto de que el cumplimiento del pacto incluso haya dejado de tener sentido⁵⁸⁶.

⁵⁸³ En este sentido, NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones,” *op. cit.*, 204, afirma que las circunstancias que tienen que ver con las condiciones económicas, sociales y políticas del momento en que se otorga el pacto sucesorio son circunstancias que cambian permanente y, por eso mismo, su alteración debe ser previsible. En la medida en que la empresa familiar desarrolla sus actividades en contextos complejos, los otorgantes del pacto deben conocer que no conocen hechos que pudieran producirse. Forman parte de la “normal inestabilidad de las circunstancias” del objeto de la sucesión, esto es, de la empresa familiar.

⁵⁸⁴ Es muy necesario en un contexto complejo como el actual. NAVAS NAVARRO, S. “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones”, *op.cit.* p. 205.

⁵⁸⁵ En este sentido, ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 219, en el caso de incumplimiento de cargas, no se trata propiamente de desdecirse de la voluntad que se expresó y volver a la situación anterior (revocar) o, dicho de otro modo, no se trata de cambiar la voluntad ante nuevos hechos, sino que se trata de querer las cosas tal y como se pactaron. De esta manera, ante una situación en la que el favorecido no cumple, el donante está facultado a deshacer la operación por el incumplimiento del otro.

⁵⁸⁶ En este sentido, ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 199, “este sería uno de los motivos por los que las partes pueden preferir no acudir al otorgamiento de un pacto sucesorio para el logro de

Dicho lo cual, se trataría de prever la revocación del pacto por causas ajenas al comportamiento del favorecido, que excede del incumplimiento de las cargas que se le han impuesto. Estamos ante un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias. El art. 431-14. 1 CCCat lo prevé como causa de revocación.

Ya hemos tratado el cambio sobrevenido de circunstancias con respecto a la relación contractual entre los cónyuges, por lo que nos remitimos al epígrafe 4 del capítulo segundo. Tanto en este ámbito como en el de los pactos sucesorios, son reflejo de la construcción doctrinal “*rebus sic stantibus*” de los contratos. Figura que puede ejercer gran influencia en la dinámica de un contrato -o de una relación obligatoria-, en cuanto a la modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían considerado como necesarias para alcanzar el fin perseguido.

Por el carácter de los pactos sucesorios, el sistema requerirá conjugar el derecho de sucesiones con el derecho de los contratos y obligaciones⁵⁸⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una doctrina restrictiva, lo mejor será pactar esas posibles variaciones o fluctuaciones esenciales en el momento de celebración del pacto sucesorio, aunque también es cierto, que es imposible prever todos los riesgos futuros. Además, la alteración de las circunstancias en sí misma no es considerada como un hecho extraordinario, sobrevenido, excepcional o especial porque las circunstancias cambian permanentemente, no existe tal “estabilidad de circunstancias”⁵⁸⁸.

determinadas finalidades, como pueden ser fines asistenciales para el futuro causante por parte de descendientes. La especial relación de parentesco, la dificultad de prever contingencias futuras y el hecho de que, en muchas ocasiones el comportamiento del cuidador no sea observable ni verificable, hace que para las partes sea mucho más costoso acudir a la celebración de un negocio irrevocable a pesar de la posibilidad de revocar por incumplimiento o aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*”.

⁵⁸⁷ A propósito del fundamento que constituyó la celebración de un pacto sucesorio y, en particular, como aquél es causa de revocación en el CCCat, “*un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias*” asistimos a una traslación de la conocida doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* a un ámbito del que tradicionalmente ha sido ajena, esto es, al derecho de sucesiones y de familia, tal como señala NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones,” *op. cit.*, p. 177.

⁵⁸⁸ *Vid.* NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones,” *op. cit.*, p. 178, 186, se manifiesta en contra del paternalismo que ejerce tanto el legislador como los tribunales a la hora de aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* porque entiende que debería ser muy restringidamente aplicada en materia de pactos sucesorios y no debería serlo en el derecho de familia en aquellos supuestos en los que así se haya legalmente previsto. Tampoco le parece acertado que la “alteración sustancial de circunstancias”, aunque previsible, implique sin más la posibilidad de solicitar la modificación de determinadas medidas que, en su momento, se adoptaron como sucede, en concretos supuestos, en el ámbito familiar.

De la importancia de su previsión, dan nuestra los autores⁵⁸⁹. Téngase en cuenta que la propia irrevocabilidad (art. 1091 CC) no permite alterar o modificar el régimen sucesorio pactado, aun cuando se den circunstancias que varíen sustancialmente. De ahí, que la previsión “de la facultad de revocación unilateral del pacto por cambio sustancial en las circunstancias pretende paliar este problema”.

Podría apuntarse algún cambio sobrevenido más. Nos referimos a aquellos casos en los que siendo la finalidad principal del pacto la conservación de la empresa, la premoriencia misma del heredero, instituido en atención a sus cualidades y capacidades para estar al frente de la empresa, fuese considerada como cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible. Sin embargo, en este caso el pacto devendría ineficaz, salvo que se hubiese convenido otra cosa, por lo que no parece que pueda entenderse como tal cambio⁵⁹⁰.

VI. LEY APLICABLE AL PACTO SUCESORIO. CONSIDERACIONES SOBRE DOMICILIO Y VECINDAD CIVIL

La sucesión de la empresa familiar requiere también conocer la ley que afecta a la misma porque puede ocurrir que resulte aplicable una ley sucesoria distinta a la que tuvo en cuenta el causante cuando se dispuso a ordenar su sucesión y con ello, quede afectada la transmisión indivisa del patrimonio empresarial, y por consiguiente, desarticulada la voluntad del causante. Este hecho se agrava en la sucesión contractual, pues coexistirán la ley aplicable al pacto sucesorio y la ley sucesoria del causante, que

Si bien señala que lo cierto es que el Tribunal Supremo suele ser estricto a la hora de aplicar la referida cláusula, desde los inicios de su jurisprudencia, sin embargo podría abrirse, en la actualidad, una brecha en esa aplicación estricta sobre la base de las justificaciones económico-sociales.

⁵⁸⁹ ALASCIO CARRASCO, L., *op. cit.*, p. 200. En relación a ello, NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones”, *op. cit.*, p. 199, considera “ineficaz” el pacto sucesorio como instrumento jurídico con el que organizar la sucesión en la empresa familiar y como el testamento en cuanto negocio jurídico mortis causa, es precisamente dada la “normal inestabilidad de las circunstancias”, un negocio jurídico más adecuado para aquella finalidad que, a su entender presenta más ventajas que respecto del heredamiento preventivo, si bien se está refiriendo al ordenamiento catalán.

⁵⁹⁰ BRANCÓS I NÚÑEZ, E., *op. cit.*, p. 98, sin embargo no es este el criterio seguido por el legislador cuando el premuerto deja descendientes, art. 431-24.2 CCCat, puesto que estos son transmisarios salvo disposición expresa en contrario, previsión que puede quedar olvidada con facilidad.

podrá ser distinta a la que regía en el momento del otorgamiento del pacto y como consecuencia podrían verse reducidos los derechos del beneficiario.

La ley aplicable al pacto sucesorio es la ley sucesoria conforme a lo dispuesto en el art. 9.8 CC. Ahora bien, la nacionalidad o vecindad civil puede ser distinta a la que se tenía cuando se otorgó el pacto sucesorio, o el testamento. El apartado 8 de este artículo salva estas situaciones, así como aquellas otras en las que se haya optado por una forma de delación que no sea admitida por la ley que rige la sucesión, por lo que parece que tiene más relevancia la ley que rige el acto de disposición⁵⁹¹.

Por tanto, el hecho de que una persona tenga establecido el domicilio en uno u otro lugar tiene consecuencias jurídicas, en cuanto a la ley aplicable y competencia de los tribunales.

El art. 40 CC establece que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, si bien admite que pueda ser otro distinto, al disponer que en su caso será el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cada persona tiene plena libertad para decidir su lugar de residencia, así lo proclama el art. 19 CE. Este concepto de residencia ha tenido siempre trascendencia en materia fiscal, sobre todo a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En nuestro ordenamiento otro concepto que hay que considerar es el de vecindad civil, que deviene por la existencia de una pluralidad de Derechos civiles españoles y la necesidad de concretar que españoles están sometidos a cada uno de ellos y así, el elemento determinante para quedar sujeto a los mismos es la vecindad civil (art. 14.1 CC). Por lo que respecta a la vecindad civil de las personas jurídicas, el Código civil no contiene norma alguna al respecto⁵⁹².

⁵⁹¹ En opinión de FONT I SEGURA, A.: “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *op. cit.*, p. 13-14, se trata de una contradicción evidente que se salva afirmando que la ley sucesoria únicamente establece límites mediante la aplicación imperativa de un sistema de legítimas. Con respecto a esta cuestión considera que debe reflexionarse sobre la relevancia que tiene la ley que rige el acto de disposición en detrimento de la ley sucesoria, así como la profunda transformación que está sufriendo en la actualidad el sistema de cuotas legitimarias y la propia legítima. El Derecho de sucesiones se ha ido descargando del grado de imperatividad a que estaba sujeto. Buena prueba de ello es como se va restando protagonismo a la legítima.

⁵⁹² Al respecto, PARRA LUCÁN, M. A.: “La vecindad civil”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *et al.*: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Ed. Colex 5ª ed. Madrid, 2015, p. 483, señala que teóricamente esa vecindad civil de las personas jurídicas las sometería al Derecho Civil autonómico correspondiente en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Lo cierto es, sin embargo, que en

En lo que concierne a las personas físicas el criterio principal de atribución es la filiación, si bien puede adquirirse conforme a otros criterios como es el del territorio de residencia habitual (art. 14.5 CC).

La sucesión mortis causa se rige por la vecindad civil del difunto. El reglamento 650/2012 remite a la residencia habitual del causante.

VII. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO: PROPUESTA DE REFORMA

Se constata que la regulación en el ámbito sucesorio -en el Derecho común- no se ajusta a la realidad económica y social, y se manifiesta entre otros aspectos, en la transmisión intergeneracional de la empresa familiar, ámbito al que se traslada toda la problemática de esta categoría de empresa.

En concreto, el empresario halla obstáculos en la planificación y ordenación de su sucesión, por lo que se deben abrir nuevas vías alternativas a las ya dispuestas por el ordenamiento.

El pacto sucesorio solventaría en gran medida el problema de la sucesión en la empresa familiar y si como hemos mantenido desde el inicio de este trabajo, la pervivencia de estas empresas es de interés social, económico y jurídico, estaría justificada su admisión para adaptar el Derecho a las nuevas realidades y necesidades sociales que surgen. No en vano, estamos asistiendo en algunos Derechos forales al resurgimiento de los pactos sucesorios como la figura que mejor se adapta para ordenar ya en vida una sucesión, en la forma que se estime más conveniente entre instituyente e instituido.

A estas alturas, es innegable que en algunos ordenamientos se admite el pacto sucesorio, aunque de forma limitada, incluso en aquellos ordenamientos que tradicionalmente han prohibido los pactos sucesorios. Es más, en los últimos años se vienen admitiendo algunas excepciones en lo que a la sucesión en la empresa familiar se refiere porque han observado que se trata de un negocio útil para ordenar la misma, son por ejemplo el caso de Italia y Francia ya mencionados⁵⁹³.

los distintos ordenamientos autonómicos hay leyes sobre personas jurídicas, cuyo ámbito de aplicación se conecta a criterios distintos del de la “vecindad civil”.

⁵⁹³ Vid. CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 19.

En lo que respecta a la sucesión contractual, ya se ha manifestado el Tribunal Supremo que el Derecho civil no se agota con el Código Civil, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia y así lo contempla el legislador estatal tributario⁵⁹⁴.

Los pactos sucesorios se adaptan mejor a la planificación de la sucesión de la empresa al tener un carácter más flexible y permitir al causante contemplar la dimensión económica. Como señala IMAZ ZUBIAUR⁵⁹⁵ la esencia del contrato sucesorio es diseñar y reglamentar las relaciones jurídicas que se desenvuelven en torno a la transmisión generacional, la mayoría de ellas de contenido patrimonial y económico.

Por ello, consideramos que la conveniencia de la admisión del pacto sucesorio en nuestro sistema es ya indiscutible y su prohibición no puede ampararse en la tradición, puesto que como ya hemos señalado en el epígrafe segundo del presente capítulo, no es una figura ajena a nuestro ordenamiento y es admitido en países de nuestro entorno más cercano⁵⁹⁶. Bien es verdad, que si se mantiene la prohibición de los pactos sobre herencia futura, cabría modificar el art. 1271 CC para que tengan validez en determinados casos, y este es el de la conservación de la unidad de la empresa familiar, con esto el legislador protegería al menos la integridad de la unidad

⁵⁹⁴ STS, sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2016 Fundamento de Derecho Cuarto: *No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuentran las formas convencionales de pactar la sucesión, que prohibidos en el Código Civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante; lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su art. 3 dice que «Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», respecto del devengo dispone que «En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo», y su reglamento en su art. 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios».*

⁵⁹⁵ IMAZ ZUBIAUR, L., *op. cit.*, p. 255.

⁵⁹⁶ En este sentido se manifiesta HERERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, *op. cit.*, p. 474-475, “el legislador español debería tomar nota del ejemplo francés, para, sin necesidad de seguirlo al pie de la letra, tenerlo en cuenta para no cometer errores. Toda la reforma de la materia sucesoria debe realizarse con sumo cuidado y las mayores precauciones. La admisión en el Código Civil español de algunos pactos sucesorios que funcionen al modo de verdaderos pactos de familia debería venir acompañada de toda una serie de garantías que evitaren el fraude y la iniquidad. Francia ha iniciado su propia opción, está llegando ya el momento de que en el Código Civil español se afronte una reforma integral del Derecho sucesorio que incluya la admisión de algunos pactos”.

económica, de modo similar a la protección que otorga a la vivienda familiar. No cabe duda de que si se exceptuase de la prohibición de celebrar pactos sobre herencia futura a aquellos que tienen por finalidad la conservación de la unidad empresarial, solucionaría en gran medida los problemas de la transmisión generacional. Por lo que, al menos, deberíamos experimentar una apertura a la admisión de los pactos sucesorios en determinados supuestos excepcionales como ha ocurrido en el Derecho francés⁵⁹⁷.

En lo que a la propuesta de reforma de preceptos del Código Civil implicaría nos remitimos a la que realiza CERDÁ GIMENO⁵⁹⁸, en cualquier caso, debe incluirse el pacto como forma de deferirse la sucesión en el art. 658 CC.

De este modo, podemos afirmar, que sin duda, la admisibilidad de los pactos sucesorios facilitaría la transmisión de empresas, al permitir organizar la transmisión generacional con mayores garantías para el causante y el hijo instituido que el testamento, lo que repercute en beneficio de la empresa; contribuyen a la planificación empresarial, la conservación de la empresa y el control de la misma en manos de la familia. Es además el instrumento que mejor se adapta a los acuerdos entre familiares⁵⁹⁹. Téngase en cuenta, por otro parte, que el pacto sucesorio resultará eficiente para organizar la sucesión en la empresa familiar cuando sea de atribución particular, tal como lo regula el art. 431-21 CCCat, y además puede otorgarse con carácter preventivo a modo de heredamiento, al disponer el art. 431-5 que *los otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones particulares*. Siendo así revocable unilateralmente mediante el otorgamiento de otro pacto sucesorio o bien mediante un testamento abierto notarial⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ En este sentido, HERRERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, *op. cit.*, p. 445, señala que el ejemplo francés podría servir al legislador español a la hora de emprender una reforma del Código Civil que, justificada en nuevas necesidades que el derecho tiene el deber de satisfacer, conllevara una admisión más amplia de los pactos sucesorios.

⁵⁹⁸ CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*, *op. cit.*, p. 619.

⁵⁹⁹ A este respecto, TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, *op. cit.*, p. 179, “pudiendo los coherederos elegir al sucesor, lo que incluso será útil si hay un heredero discapacitado”. En cuanto a la contribución de la herramienta de los pactos sucesorios, PLANA FERRÁN, M., *op. cit.*, p. 73, señala que puede ser de un valor incuestionable a uno de los desafíos más importantes a los que tiene que hacer frente la empresa familiar, la sucesión.

⁶⁰⁰ El coste que supone su celebración es inferior al beneficio/utilidad que se pueda obtener. Es necesario que quede expresado claramente el carácter del pacto y que es revocable. Por otra parte, señala NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 73, que no tendrá la relevancia que tiene y previsiblemente tendrá el testamento. Sin embargo, esta afirmación en nuestra opinión debe ser matizada, al no estar permitido en derecho común, puede ser

En cualquier caso, el pacto sucesorio debería ser regulado de tal forma que permitiese hacer uso con la misma amplitud que el testamento -como en el ordenamiento catalán-, y tratándose del sucesor en la empresa familiar, interesará que este sea otorgante del pacto y no meramente favorecido para que no quepa la renuncia a la herencia puesto que ya fue aceptada en el momento de la firma del pacto.

No queremos dejar de señalar que organizar la sucesión *mortis causa* por un pacto sucesorio en lugar de mediante testamento comporta mayores costes. Estos son de información, los recursos que el causante debe invertir para informarse acerca de la persona que será el sucesor y cuanto mayor sea la estructura de la empresa, más complejos serán los costes de recabar información y de negociar la elección del sucesor, piénsese en el supuesto de que existan varias ramas familiares y la generación en la que se encuentre la empresa sea avanzada⁶⁰¹.

En otro orden, mientras no se modifique el sistema de legítimas en nuestro ordenamiento, la libertad del futuro causante para ordenar su sucesión mediante pacto sucesorio, estará muy limitada. Sería preciso un régimen sucesorio autónomo en la línea del *patto di famiglia* del Derecho italiano.

Como reflexión final, y sin perjuicio de lo manifestado en las conclusiones del presente trabajo, queremos proponer la necesidad de la admisión del pacto sucesorio en nuestro ordenamiento como instrumento muy útil para facilitar la sucesión y la supervivencia de la empresa familiar⁶⁰².

CONCLUSIONES

I. Desde el inicio de este trabajo hemos puesto de relieve la importancia que tienen las empresas familiares en la economía de un país como fuente de riqueza, siendo por ello su viabilidad de interés social, económico y jurídico. Las cifras de su alta

también una de las razones, la falta de conocimiento de la figura y que no haya existido realmente cultura de pacto sucesorio.

⁶⁰¹ NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁰² VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., *op. cit.*, p. 253, “pero de *lege ferenda*, parece necesario comenzar a introducir en nuestro derecho común la sucesión contractual u otras figuras hoy en día reconocidas en los derechos civiles forales o especiales para de esta suerte facilitar la sucesión y la supervivencia de la empresa familiar, evidentemente sin por ello causar perjuicios a los restantes herederos”.

presencia en nuestro país y en los países de economía de mercado libre, avalan su importancia. Pues bien, a pesar de estas relaciones jurídicas predominantes -en las que familia y empresa forman parte de la empresa familiar como agentes creadores de riqueza-, de su relevancia y de la singularidad que las caracteriza frente a otro tipo de empresas, estas no se han visto correspondidas por respuestas normativas adecuadas.

Consideramos que como base del tejido empresarial del país, está justificado dotarles de una regulación específica propia. Así, como ha puesto de relieve el Instituto de Empresa Familiar (IEF), es preciso que se dote a estas organizaciones, del denominado “Estatuto de la empresa familiar”, donde se haga especial hincapié en el régimen sucesorio. De ahí, que a falta de un tratamiento normativo propio sea oportuno que busquemos dar respuesta a los aspectos fundamentales y a los problemas concretos que se plantean en el devenir de estas empresas. Para ello acudiremos a normas propias -por otro lado escasas-, y a normas de ámbito general que no tuvieron presente esta forma de producción, organización y gestión en la que confluyen intereses familiares y empresariales.

Entendemos que el empresario, tanto si es fundador de la empresa como si la ha adquirido, es la persona que ordenara la sucesión: con independencia de la forma que adopte esta como unidad productiva. La caracterización familiar viene dada por la existencia de vínculos entre las personas que ostentan el control de la empresa, sea una persona física o varias, familia o familias. Por lo que cuando nos hemos referido a lo largo del trabajo al empresario, nos estamos refiriendo también a la familia o la rama familiar. Además, en no pocas ocasiones, la problemática que se genera en el seno de la empresa familiar deriva de la pertenencia del capital a un grupo unido por lazos familiares. En definitiva, se trata de la acumulación de la propiedad en manos de una o varias personas pertenecientes a la misma familia, ya sea por la titularidad directa por un empresario individual o varios, o indirectamente, a través de acciones o participaciones sociales. Y tanto en un caso como en otro, es fundamental la previsión del proceso de sucesión para la conservación de la empresa familiar como empresa familiar.

Teniendo en cuenta la preocupación por la continuidad de la empresa (principalmente PYMES), el fallecimiento o incapacidad del empresario implica un riesgo para su supervivencia, por lo que es fundamental planificar con tiempo y

ordenadamente la sucesión. Así, previsión y previsibilidad son constantes esenciales para lograr con éxito el relevo generacional. Con esta premisa, el ordenamiento deberá proporcionar al empresario los instrumentos a través de los cuales pueda garantizar la transmisión del patrimonio familiar y empresarial a la siguiente generación y elegir aquellos que mejor se adapten a sus intereses y circunstancias.

El proceso de sucesión afecta a la totalidad de la familia empresaria puesto que ha comprometido su patrimonio al proyecto empresarial y de la gestión y dirección que se haga del mismo dependerá su estabilidad económica

II. El agente familiar tiene incidencia en la configuración organizativa de la empresa, y por ello, en todo el proceso de transmisión, y así, al ser el componente familiar un elemento esencial en esta tipología de empresas, las relaciones familiares deben ser gestionadas adecuadamente para que sus conflictos no trasciendan al ámbito empresarial y desemboquen en situaciones no deseadas, que incluso puedan ser el fin de la empresa. Asimismo, las relaciones entre familia y empresa tienen que estar organizadas. Y es que la mayor amenaza a la continuidad de la empresa familiar es precisamente la índole de las relaciones familiares.

Debe tenerse en cuenta que familia y empresa se rigen por parámetros distintos, lo que puede ocasionar confrontación entre ellas. Así, la familia se basa en los vínculos familiares, incluso parientes y allegados, donde priman los afectos y desafectos y los intereses privados. En la empresa predominan los intereses económicos, el ánimo de lucro, la mejora de la actividad, y en definitiva, el interés empresarial. Ahora bien, existen empresas de esta índole que han sabido articular correctamente las relaciones entre familia y empresa y han llegado a ser empresas multigeneracionales. Precisamente por esa vinculación familiar-empresarial, en la que el elemento familiar es esencial, hemos de descartar una estructura normativa rígida, que en poco o nada lo beneficia, de ahí que consideremos necesario un sistema flexible que permita adaptarse a cada modelo de empresa que se engloba en esta tipología.

III. La transmisión generacional es importante abordarla a tiempo, de forma ordenada y planificada para posibilitar la continuidad del proceso empresarial. Para ello,

es necesario organizar en vida del causante la futura sucesión de la empresa y en la medida de lo posible, separar patrimonio familiar y empresarial para evitar futuros problemas. No cabe duda que organizar de manera eficiente la sucesión es una tarea difícil y que requiere tiempo para su preparación. De modo, que también el sucesor debe ser consciente del compromiso que adquiere de transmitir la empresa a la siguiente generación, y adoptar las medidas necesarias que posibiliten la misma, todas ellas tendentes a mantener el control de la empresa en manos de la familia, lo que conllevará limitaciones de disposición de la propiedad y de participación en la gestión de la empresa y la contemplación de situaciones de inestabilidad o incertidumbre que puedan poner en peligro la pervivencia de la misma, como puede ser una crisis matrimonial y más concretamente la liquidación del régimen matrimonial.

Se requiere organizar conjuntamente el proceso de sucesión mediante todos los instrumentos que permitan suceder al empresario, incluyendo el protocolo familiar y los estatutos de la sociedad familiar, y así, tratar de determinar el sentido de la transmisión *mortis causa*, evitando la entrada de terceras personas extrañas y preservar así la unidad y conservación de la empresa.

Parece razonable acudir a un primer mecanismo, el de las capitulaciones matrimoniales. En este, hemos revisado la utilidad de los distintos regímenes posibles, y consideramos que el régimen de comunidad no es el más adecuado para la empresa porque puede abocar a su división. La complejidad surge por la necesidad de liquidar el patrimonio común, momento en el que tiene lugar las operaciones de reembolso entre la masa ganancial y los patrimonios privativos de ambos cónyuges. Si bien, no existen reglas generales que puedan ser aplicadas, y habrá de tenerse en cuenta la concreta situación familiar y profesional para decidir qué régimen es el más adecuado para la empresa.

Conforme a la libertad contractual que existe entre los cónyuges, el empresario en capitulaciones matrimoniales puede adaptar el régimen a las propias necesidades e intereses familiares y empresariales, y con la finalidad de preservar la empresa dentro del núcleo de la familia. También, los pactos en previsión de ruptura matrimonial pueden resultar útiles para lograr este propósito.

Todas las previsiones son necesarias -también las incorporadas a los estatutos-, puesto que el régimen económico matrimonial al que están sujetos los miembros de la familia tiene incidencia en el patrimonio empresarial. Es más, régimen económico y régimen sucesorio están relacionados, por lo que las capitulaciones deben considerarse un instrumento necesario de planificación y de ahí que sea necesario, como ya hemos señalado, coordinar todos los instrumentos y en su caso, también con los pactos de socios.

IV. Por otro lado, la diferente naturaleza que tiene la institución de la legítima en unas y otras legislaciones no solo condiciona el sistema sucesorio sino que también afecta al régimen económico matrimonial por la conexión que existe entre ellos, y así, cuantos mayores sean los derechos familiares, menores serán los sucesorios y viceversa.

Debe tenerse en cuenta que los modelos familiares que coexisten en la actualidad son muy diferentes al modelo familiar -tradicional- predominante cuando el codificador regulo el sistema de legítimas y muchas de las instituciones del Derecho de sucesiones que no han sido reformadas, obedecen a razones históricas sin que se hayan adaptado a la realidad social. Si bien es cierto, que las reformas en el Derecho de sucesiones son complejas porque sus instituciones están interrelacionadas y cualquier afectación en una de ellas repercute en todo el sistema normativo propio -además de que incide, claro está en el derecho de familia-, no es menos cierto, que es necesario adecuarlo a las nuevas situaciones y a veces, no queda más remedio que realizar una reforma integral del sistema. Hasta el momento las reformas que se han llevado a cabo han sido de forma puntual, y aunque no negamos que en ciertos aspectos han supuesto un avance, no han sido suficientes y quizás se requiera que futuras reformas sobre la materia se hagan de forma unitaria.

No cabe duda que el sistema legitimario del Código civil no es el más adecuado a la realidad actual y la regulación de la sucesión en general no se adapta a las particularidades que en este ámbito se plantean en la empresa familiar y por tanto, no facilita su continuidad. El principal obstáculo que el empresario se encuentra para transmitir la empresa de forma unitaria a su sucesor es precisamente la institución de la legítima y aunque pueda ser pagada en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, incluso con efectivo extrahereditario, supone una capacidad de endeudamiento del adjudicatario de la empresa que puede alcanzar a gravar esta.

El causante debería poder elegir la distribución de la legítima con plena libertad entre el grupo de los descendientes, independientemente de su grado de proximidad, lo que no significa que tenga que existir absoluta libertad de testar y por ello desconsiderar unos derechos mínimos de los legitimarios si no adaptarlos a la realidad social de transformación de la familia y que tendría que pasar por la reducción de la legítima y configurarse como colectiva, y perder al menos su intangibilidad cualitativa.

El empresario para ordenar su sucesión necesita elegir libremente entre los distintos instrumentos que le ofrece el ordenamiento, el que mejor se adapte a sus intereses y necesidades y siempre tratar de evitar que se abra la sucesión intestada. Ahora bien, para ello el empresario requiere de instrumentos o negocios jurídicos flexibles que le permitan ajustarlos a las circunstancias de la familia y empresa, así como a su voluntad.

Además, la flexibilización del sistema en general favorecería la plena incorporación y efectividad de otros instrumentos, como son los protocolos familiares. Se constata que en los ordenamientos jurídicos donde se admite la sucesión contractual, el protocolo familiar ha supuesto una mayor relevancia e incluso un resurgimiento de los propios pactos sucesorios.

Ni la designación de sucesor universal, ni el reparto igualitario del patrimonio hereditario entre los hijos favorece la sucesión en la empresa, pues da lugar a la dispersión y la división del patrimonio.

El legislador debería ser sensible a la demanda social y doctrinal que reclama atemperar ciertas rigideces del sistema, como ha ocurrido en otros ordenamientos. Así, si en los Derechos civiles autonómicos se ha ido reduciendo progresivamente la importancia de la legítima para que el causante tenga mayor poder de disposición, y por tanto, mayor autonomía, debería también trasladarse al Derecho común y es especialmente necesario en lo que concierne a las legítimas porque es una real demanda social.

IV. En lo que respecta a la economía del matrimonio y a la sucesión hereditaria, existen grandes diferencias entre el Derecho común y los Derechos forales y si bien, el empresario puede diseñar su sucesión, “el traje se ajustara más o menos a su medida”,

dependiendo de la limitación de los derechos legitimarios que le imponga el ordenamiento.

En el ámbito del Derecho civil existen distintas normativas en el territorio español y varios aspectos de la regulación sucesoria que varían sustancialmente de unos derechos a otros, entre ellos, la libertad de testar, la sucesión testada -unos derechos admiten solo el testamento unilateral y otros admiten el testamento mancomunado-, la sucesión contractual -admisión del pacto sucesorio o por el contrario su prohibición-, en la sucesión intestada difieren en el orden de suceder, la proporción de bienes que recibe cada sujeto, la participación del cónyuge supérstite o del conviviente *more uxorio* en la herencia. Por lo que se hace necesario armonizar el Derecho sucesorio entre las distintas legislaciones civiles. O al menos posibilitar que, determinadas instituciones que son útiles para la empresa familiar en los Derechos civiles especiales, puedan acogerse en el Derecho común.

Trasladándolo al ámbito de la empresa familiar, insistimos, que la reducción de la legítima y la legítima colectiva ampliaría la libertad de testar del causante y por tanto, favorecería y facilitaría su transmisión a las generaciones siguientes, de igual modo que la admisibilidad de los testamentos mancomunado, y por supuesto, de los pactos sucesorios.

V. En relación a la fiducia sucesoria, -con gran tradición en los Derechos forales-, es una institución que ha venido a dar respuesta a las nuevas realidades sociales, como una excepción a un principio de Derecho sucesorio, delegando al cónyuge facultades amplísimas, por las que puede adjudicar la empresa familiar al sucesor. Se convierte en un mecanismo idóneo para la conservación del patrimonio familiar y empresarial, y puede llegar a cumplir funciones similares a la institución anglosajona del *trust*. Aunque presenta mayores dificultades para su encaje en el Derecho común por la existencia de legítima material obligatoria.

Del mismo modo que se incorpore una figura propia de los Derechos forales -la fiducia- a nuestro ordenamiento, con los desajustes que conlleva por el rígido sistema de legítimas, podrá afrontarse también la introducción de los pactos sucesorios. Téngase en cuenta que una flexibilización del sistema sucesorio requiere necesariamente la

integración en nuestro sistema de una norma que permita el otorgamiento de pactos sucesorios aunque sea de forma limitada por la gran utilidad que presenta este instrumento para la sucesión en la empresa familiar.

No en vano, la sucesión contractual se erige como la forma más adecuada para la empresa familiar, al posibilitar que el fundador asegure su transmisión *mortis causa*, adelantando la propia sucesión y por las ventajas que presenta la irrevocabilidad del instrumento para llevarlo a cabo, -el pacto sucesorio-, y al existir acuerdo de voluntades entre instituyente e instituido se dota de una mayor seguridad y garantía al efecto sucesorio.

El pacto es una figura principal que ofrece el ordenamiento para regular el relevo generacional y la transmisión de acciones de una sociedad y es más, aporta seguridad a la transmisión en si misma desde el momento de su otorgamiento, por lo que es un importante aspecto a destacar la eliminación de la incertidumbre.

VI. De ahí que, en Derecho común los pactos sucesorios ofrecerían una alternativa de gran valor para lograr el mantenimiento y transmisión de la empresa familiar, y permitirían que el empresario pudiese pactar con cualquiera de sus descendientes la adjudicación íntegra de la misma, incrementando su libertad de elección. Así, algunos derechos contemplan el pacto de mejora en los que se conviene la sucesión en bienes concretos y que permite realizarlo con entrega de presente o con entrega de futuro, o el pacto de apartación mediante el cual se atribuye al que tendría la condición de legitimario unos bienes concretos a cambio de los cuales queda excluido de tal condición en la herencia del apartante.

En el ordenamiento catalán ha sido la nueva configuración de la sucesión contractual una de las novedades más importantes del Derecho de sucesiones, entre las que destaca la regulación del pacto sucesorio de atribución particular, que permite la realización de atribuciones a título particular por parte del causante sin que deba necesariamente instituir heredero en dicho pacto sucesorio.

Además, con la regulación de la finalidad “de mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional”, el legislador ha querido que los pactos sucesorios den respuesta a la problemática de la sucesión en la empresa familiar.

Por otra parte, todo ello no hace más que confirmar el recurso a instrumentos alternativos al testamento –por su limitación o insuficiencia- para planificar la herencia, si bien es cierto que no pocas veces responden a razones fiscales. El legislador estatal tributario, ha tenido el pacto sucesorio presente como se comprueba al regular el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su art. 3 dice que «Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio». Si bien en Derecho común no cabe tal título sucesorio por lo que no tendrá ninguna aplicabilidad, en los territorios que se aplica es de destacar que la fiscalidad no supone obstáculo alguno para su otorgamiento.

VII. Dos de los instrumentos que más facilitarían la ordenación de la sucesión por parte del empresario, pacto sucesorio y testamento mancomunado, que suponen principios básicos de otros sistemas sucesorios -junto con la fiducia-, están prohibidos en Derecho común. Las razones para el mantenimiento de estas prohibiciones históricas ya no están justificadas. Los nuevos planteamientos sucesorios -entre otros, la supresión, o al menos la reducción de las legítimas-, tienden a ampliar la autonomía de la voluntad del testador. Por otro lado, las realidades prácticas -la fuerte presencia de la empresa familiar en nuestra sociedad y en nuestra economía-, obliga a “levantar” estas prohibiciones que dificultan la planificación y el aseguramiento de la empresa familiar. No olvidemos, que son ya varios los ordenamientos de nuestro entorno que ya han posibilitado estos mecanismos. Ni que decir que dentro de nuestro territorio, la mayoría de los Derechos forales los admiten.

El pacto sucesorio permite mayor autonomía de la voluntad, por tanto si los nuevos caminos que toma el derecho se dirigen a incrementar la misma, no parece que tenga mucho sentido que sigamos manteniendo dicha prohibición.

Si este panorama no cambia, y se mantiene esa desigual regulación entre los diversos derechos, podremos asistir a una “deslocalización” de las empresas en busca de regímenes más favorables donde exista mayor margen de disposición para el empresario, con los consiguientes efectos económicos y sociales.

VIII. Aunque el legislador se preocupó en su momento por la problemática que rodea a la empresa empresarial, en lo que concierne sobre todo a su sucesión, recientemente parece no considerarla, tal es el caso del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que fuerza a las empresas no cotizadas a repartir dividendos cuando haya beneficios o, en caso contrario, los accionistas minoritarios pueden ejercer su derecho a la separación. Esta norma colisiona en cierta medida con el propio carácter de la empresa familiar y los principios que la rigen, la continuidad y unidad. El porcentaje de beneficios que reparten estas empresas es muy pequeño, incluso hay muchas, que no los reparten porque los reinvierten en el negocio. Por ello, el efecto negativo que puede tener esta norma es preocupante puesto que puede llegar a romper la unidad de accionariado.

IX. La propia Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 (2014/2210 (INI) destaca la importancia de las empresas familiares y recoge varias de las premisas y problemáticas que hemos expuesto, y en la consideración 28 pide a la Comisión que “en el contexto de la mejora de la normativa, examine la legislación vigente que tiene un impacto en las empresas familiares, con el fin de identificar los problemas y los obstáculos al crecimiento”. Esta formulación no hace más que reforzar la necesidad que venimos manifestando.

X. Consideramos que el trabajo realizado alienta a realizar una necesaria revisión, o cuanto menos un replanteamiento de nuestro sistema, necesidad que no solo se proyecta sobre la empresa familiar sino que se extiende a toda la sociedad por el peso que las mismas tienen en la economía del país. El Derecho no puede ser ajeno a las nuevas realidades y demandas de la sociedad, que evoluciona de una regulación imperativa a una regulación contractual, con amplio margen para la autorregulación, por lo que se ha de fomentar la misma.

JURISPRUDENCIA CITADA

- STS, sala de lo Contencioso de 26 de mayo de 2016 (rec. 4098/2014. Ponente: MARTÍNEZ MICO. Nº de sentencia 1204/2016. Roj 2380/2016).
- STS, sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2016 (rec.325/2015. Ponente: MONTERO MUÑOZ. Nº de sentencia 407/2016).
- STS, sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2015 (rec. 1984/2013. Ponente: BAENA RUIZ Nº de sentencia 572/2015. Roj 4175/2015).
- STS, sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (rec. 2392/2013. Ponente: ARROYO FIESTAS. Nº de sentencia 392/2015. Roj. 2828/2015).
- STS, sala de lo Civil de 15 de octubre de 2014 (rec. 2992/2012. Ponente: ORDUÑA MORENO. Nº de sentencia 591/2014. Roj5090/2014).
- STS, sala de lo Civil de 30 de junio de 2014 (rec.2250/2012. Ponente: ORDUÑA MORENO. Nº de sentencia 33/2014. Roj 2823/2014).
- STS, sala de lo Civil de 5 de diciembre de 2013 (rec. 134/2012. Ponente: SEIJAS QUINTANA Nº de sentencia 740/2013. Roj 5765/2013).
- STS de 17 de enero de 2013 (rec. 1579/2010 Ponente MARÍN CASTÁN. Nº de sentencia. 820/2013 Roj 1013/2010).
- STC, pleno de 23 de abril de 2013 (Ponente: ASUA BATARRITA. Nº de sentencia 093/2013).
- STS, sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 (rec. 807/2007. Ponente: ROCA TRIAS. Nº de sentencia 217/2011. Roj 2158/2011).
- STS, sala de lo Civil de 7 de julio de 2010 (rec.1811/2006. Ponente: ROCA TRIAS. Nº de sentencia 431/2010. Roj3530/2010).
- STS, sala de lo civil de 25 de enero de 2007 (rec.1858/2000. Ponente: Auger Liñan. Nº de sentencia 79/2007. Roj 168/2007).
- STS, sala de lo Civil de 31 de mayo de 2006 (rec.4121/1999. Ponente: SALAS CARCELLER. Nº de sentencia 564/2006. Roj 3331/2006).
- STS, sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 1998 (rec. 40471994. Ponente SIRREA GIL DE LA CUESTA. Nº DE SENTENCIA 805/1998. Roj. 5075/1998).
- STS, sala de lo Civil, de 22 de julio de 1997 1997 (rec. 1879/1993. Ponente: VILLAGOMEZ RODIL. Nº de sentencia 718/1997. Roj 5240/1997).

STS, sala de lo Civil de 4 de abril de 1997 (rec.1083/1993. Ponente: MARTÍNEZ-CALCERRADA GOMEZ. N° de Sentencia 272/1997. Roj 2386/1997).

STS, sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1995 (rec. 1933/1993. Ponente: MORALES MORALES. N° de sentencia 38/1995. Roj 540/1995).

STSJ de Navarra, sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2011 (rec.4/2011. Ponente FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. N° de sentencia 9/2011. Roj.214/2011).

RDGRN

Resolución de 7 de febrero de 2013 (BOE núm 54, de 4 de marzo de 2013).

Resolución de 30 de septiembre de 2008 (BOE núm 268, de 6 de noviembre de 2008).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La sucesión como proceso estratégico en la empresa familiar*. (Dir. DE LA TORRE GARCÍA, A.) Universidad de Salamanca, 2001.
- AA.VV.: *La sucesión en la empresa familiar. Casos reales narrados por sus protagonistas* (Coord. AMAT, J. M.) Ed. Deusto. Barcelona, 2004.
- AA.VV.: *Maestros en empresa familiar* (Coord. ARAGÓN AMONARRIZ, C.) Universidad de Deusto. Bilbao, 2004.
- AA.VV.: *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral* (Eds. MONREAL, J.; SÁNCHEZ, G.; MERÑO, A.; SABATER, R.) Ed. Civitas. Madrid 2009.
- AA.VV.: *La empresa familiar multigeneracional. El papel de la familia propietaria*. Ed. EUNSA. Navarra, 2009.
- AGUADO RENEDO, C.: “Familia, matrimonio y Constitución española”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, pp. 77-103.
- AGUILAR RUIZ, L.: “Los pactos prematrimoniales. El papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*. AA.VV. (Coords. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 21-39.
- AGUILAR RUIZ, L.: “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp.105-124.
- ALASCIO CARRASCO, L.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Catalán*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Ed. Edisofer, 12ª ed. Madrid, 2013.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*. Tomo V. Ed. Edisofer, 10ª ed. Madrid, 2013.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte,” en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 581-637.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte,” en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*. T. I. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2010, pp. 55-117.
- ALLUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial” en *Indret* [En línea], núm.1. 2013. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf [Consulta 30 de noviembre 2015]
- ALONSO ESPINOSA, F. J.: “La empresa familiar como problema” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº283. 2012, pp. 33-76.

- ALONSO PÉREZ, M.: “La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico”, en *Tratado de Derecho Civil. T. II. AA.VV.* (Dir. RAMS ALBESA, J.) Ed. Iustel. Madrid, 2013, pp. 239-378.
- ALVAREZ LATA, N.: “Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro. AA.VV.* (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 555-602.
- ALVAREZ LATA, N.: *Aspectos civiles de la empresa familiar; economía familiar y sucesión hereditaria.* Ed. Netbiblo. La Coruña, 2011.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La repercusión de las crisis empresariales en los regímenes económicos del matrimonio”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales. T. I. AA.VV.* (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, pp. 683- 721.
- ANDERSON, M.: “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés” en *Anuario de Derecho Civil* nº3, 2006, pp. 1243-1282.
- ANDERSON, M.: “El régimen de participación en las ganancias”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán. AA.VV.* (Dir. HERNÁNDEZ- MORENO, A., MARTINELLI GISPert-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica. Madrid, 2014, pp. 168-181.
- ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Acuerdos prematrimoniales. Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia. AA.VV.* (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 273-330.
- ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Del modelo de Los Estados Unidos de América a la realidad española” en *Nul. Estudios sobre invalidez e ineficacia.* nº 1, 2010. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>. [Consulta 13 de octubre de 2015]
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: “Divorcio y reserva de bienes” en *Anuario de Derecho Civil.* vol. 52 nº 4, 1999, pp. 1395-1434.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: “Autonomía privada y modos de deferir la sucesión por causa de muerte en el derecho civil común español”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el s. XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro. AA.VV.* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 139 -153.
- ARNAU RAVENTÓS, L.: “Titularidades (y otras cuestiones) dudosas.....en el régimen de comunidad de bienes”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán. AA.VV.* (Dir. HERNÁNDEZ- MORENO, A., MARTINELLI GISPert-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2014, pp. 198-203.
- ARONOFF, C. E., WARD, J. L.: *La sucesión en la empresa familiar: Un nuevo líder, un nuevo héroe.* (Trad. ROSAS, R. M.) Ed. McGraw Hill. México, 2000.
- ARRIOLA ARANA, J. M.: “Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.* Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 753-777.

- ARROYO I AMAYUELAS, E.: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania” en *Indret* [En línea], núm. 1. 2010. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf. [Consulta 14 de julio de 2015].
- ARROYO I AMAYUELAS, E., ANDERSON, M.:” Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. VV.AA (Coords. CUENA CASAS, M., *et. al*) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 1700-1719.
- ASLAND, J.: “Balancing interests- How much freedom of testation”, en *The future of family property in Europe* (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 229-249.
- ASUA GONZÁLEZ, C. I., GIL RODRÍGEZ, J., ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 897-954.
- BALLARÍN MARCIAL, A.: “Los pactos sucesorios sobre la explotación agraria familiar” en *Revista de derecho agrario y alimentario*, núm 36, 2000, pp. 27-33.
- BALLARÍN MARCIAL, A.: “La sucesión mortis causa en la explotación agrícola” en *Revista Jurídica del Notariado* núm 38, 2001, pp. 9-30.
- BALLESTER COLOMER, J. E.: “El protocolo familiar”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. AA.VV. (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2006, pp. 193-206.
- BARBEITO ROIBAL, S., *et al.*: “El criterio de elección del sucesor en las empresas familiares gallegas” en *Revista Galega de Economía*, vol. 15, núm. 2, 2006. Disponible en: https://www.usc.es/econo/RGE/Vol15_2/castelan/art5c.pdf. [Consulta 27 de julio de 2015].
- BAREA MARTÍNEZ, M. T.: “El protocolo familiar: Configuración, límites y utilidad” en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. T. XXIV, pp. 93-155.
- BARRIO GALLARDO, A.: “Atemperar la rigidez de la legítima” en *Aranzadi Civil*, núm.21. Marzo 2008, pp. 15-42.
- BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2011.
- BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*. Ed. Dykinson. Madrid, 2012.
- BARRIO GALLARDO, A.: “Los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia”, en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Comares. Granada, 2016, pp. 51-88.
- BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M.: *El testamento mancomunado o de hermandad en del derecho civil del País Vasco*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- BATALLA DE ANTONIO, A.: “La empresa familiar y el análisis del art. 1056.2º del CC”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. T. I. AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 133-151.
- BAULENAS RUVIRETA, G., GIMENO SANDIG, A.: “Las relaciones familiares en la familia empresarial”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. VI.

- AA.VV. (GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 475-505.
- BAYOD LÓPEZ, M. C.: “Pactos sucesorios en Aragón”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 1317-1366.
- BELLO JANEIRO, D.: *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*. Ed. Montecorvo. Madrid, 2001.
- BELLO JANEIRO, D.: “Los pactos sucesorios”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 299-309.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: “La fiducia sucesoria aragonesa”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 843-869.
- BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima (Función y estructura)”, en *Instituciones de Derecho Privado*. T. V. vol. 3º. AA.VV. (Dir. DELGADO DE MIGUEL, J. F.) Ed. Aranzadi. Madrid, 2005, pp. 17-598.
- BERMEJO SÁNCHEZ, M.: *Hacia la empresa familiar líder. Una visión práctica y optimista*. Ed. Pearson Educación. Madrid, 2009.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Protección del patrimonio familiar y empresarial en el derecho sucesorio. La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil” en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 24, 2007.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. “Pactos en previsión de ruptura matrimonial” en *La Ley*, núm. 5, 2015, pp. 48-67.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El juego de la autonomía de la voluntad en la crisis matrimonial y de pareja”, en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 705- 720.
- BLANCO MAZAGATOS, V., DELGADO GARCIA, J. B, DE QUEVEDO PUENTE, E.: “Creación de empresas familiares”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.). Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 65-93.
- BLASCO GASCÓ, F. P: *La mejora irrevocable*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.
- BORK, D.: *La empresa familiar frente a sus retos* (Trad. GARCÍA, M. C.) Ed. Deusto (Obra original publicada en 1986) Barcelona, 2013.
- BORRELL GARCÍA, J.: “Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*. AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2004, pp. 21-32.
- BOSCH CAPDEVILA, E. “Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 653-675.
- BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A.: *Teoría general del contrato*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2016.

- BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*. AA.VV (Dir. VALLE ZAYAS, J. et al.) Ed. Bosch. Barcelona, 2012, pp. 83-165.
- BRANCÓS I NÚÑEZ, E.: *Los pactos sucesorios en el derecho civil de Cataluña*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- BUSTO LAGO, J. M.: “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm 706, marzo-abril 2008, pp. 517-578.
- BUSTO LAGO, J. M.: “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: Avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 603-655.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Las capitulaciones matrimoniales”, en: *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, pp. 589-653.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Breve reflexión sobre la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 583-607.
- CABRERA SUÁREZ, M. K.: “El proceso de sucesión en la empresa familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 639-665.
- CALATAYUD SIERRA, A.: “Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles” en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2. 1999, pp. 169-198.
- CALATAYUD SIERRA, A.: “La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. AA.VV. (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006, pp. 223-241.
- CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA AYMÁ, A.: “La sucesión mortis causa (I)”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 69-108.
- CAMACHO CLAVIJO, S.: *El testamento revocatorio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015.
- CAMARA LAPUENTE, S.: “Artículo 831”, en *Código Civil Comentado*, vol. II, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad. AA.VV. (Drs. CAÑIZARES LASO, A., et. al.). Ed. Civitas. Navarra, 2011, pp. 929-945.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios. Acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación” en *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, pp. 691-839.

- CANTERO NUÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho: El urgente regreso a la sensatez”, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., GARRIDO CHAMORRO, P. J.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, pp. 655-669.
- CANTERO NUÑEZ, F. J., LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, pp. 323-651.
- CAÑIZARES LASO, A.: “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 245-269.
- CAÑIZARES LASO, A.: “Sucesión y testamento”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 807-829.
- CARBALLO FIDALGO, M.: “La autonomía de la voluntad en la reglamentación de la sucesión por causa de muerte. Análisis comparado de los sistemas sucesorios coexistentes en España.” Actas Congreso Internacional Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), pp. 577-587.
- CAROL ROSÉS, F.: “Libertad para testar y libertad de testar. La eficacia *inter privatos* del principio de no discriminación”. Actas Congreso Internacional Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), pp. 479-494.
- CARRANCHO HERRERO, M. T.: “Reflexión crítica de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el actual modelo de familia”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 733-751.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “Los regímenes económicos matrimoniales”, en *La Notaria*, núm. 42, 2007, pp. 71-147.
- CASADO F.: “¿Liderazgo empresarial o liderazgo familiar?”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 627-637.
- CASILLAS BUENO, J. C., DÍAZ FERNÁNDEZ, C., VÁZQUEZ SÁNCHEZ, A.: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*. Ed. Paraninfo. Madrid, 2005.
- CASILLAS BUENO, J. C., et al.: *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*. Ed. Paraninfo, 2º ed., Madrid, 2014.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “Unión de hecho y matrimonio” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 76, octubre-diciembre 2010, pp. 11-32.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “La protección patrimonial de las personas con discapacidad en el orden civil (Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, en *Retos del s. XXI para la familia*. AA.VV. (Coords. BENEYTO BERENGUER, R., et al.) Ed. Práctica de Derecho. Valencia, 2008, pp. 77-140.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias”. Comunicación a las XVII Jornadas de Dret Català a Tossa.

- Disponible en: <http://civil.udg.es/tossa/2012/textos/com/index.htm> [Consulta 17 de octubre de 2015].
- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “Hacia una nueva configuración de la doctrina rebús sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014” en *InDret* [En línea], núm. 4. 2014. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1090.pdf> [Consulta 5 de noviembre de 2015]
- CECCHINI ROSELL, X., HERRERO NICOLÁS, J. A.: “Algunas reflexiones sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges en régimen de separación y en parejas estables ante una crisis convivencial”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 823-839.
- CERDÁ ALBERO, F.: “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*. AA.VV. (Coord. CHULIÁ VICENT, F.) Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 67-103.
- CERDÁ GIMENO, J.: “En torno a la estructura no societaria de la empresa familiar”, en *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Tomo I. AA.VV. (Coord. BLASCO GASCO, F. P., et al.) Ed. Tirant lo Blanch. Bilbao, 2011, pp. 541-571.
- CERDÁ GIMENO, J.: “De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. AA.VV. (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, pp.307-366.
- CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España.: *Status quaestionis*”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp. 61-81.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano” en *Diario La Ley* nº8011, sección Doctrina, 29 de enero de 2013, pp. 1-13.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Consecuencias patrimoniales para el caso de ruptura y acuerdos prematrimoniales: De la inmoralidad a la moralidad”, en *Personne et patrimoine en droit* (Dir. VIOLET, F.) Ed. Bruylant. Bruxelles, 2015, pp. 391-414.
- CESARETTI, M., CESARETTI, O. D.: “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” en *Revista del Notariado*, núm. 918. Octubre-Diciembre 2014, pp. 56-67. Disponible en: <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/el-pacto-sucesorio-y-la-empresa-familiar-en-la-unificacion/> [Consulta 18 de agosto de 2015].
- CLEMENTE MEORO, M.: “El régimen económico matrimonial”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, pp. 539-587.
- COBAS COBIELLA, M. E.: “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas” en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 49-65.

- COOKE, E.: “Marital property agreements and the work of the Law Commission for England and Wales”, en *The future of family property in Europe* (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 95-113.
- CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis de la empresa familiar, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. VI. AA.VV. (GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 23-45.
- CORONA RAMÓN, J.: *Manual de la empresa familiar*. Ed. Deusto. Barcelona, 2005.
- CORONA RAMÓN, J.: “Protección jurídica de la empresa familiar”, en *Retos del siglo XXI para la familia*. AA. VV. (Coords. BENEYTO BERENGUER, R., et al.) Ed. Práctica de Derecho. Valencia 2008, pp. 141-157.
- CORONA RAMÓN, J., TÉLLEZ ROCA, J.: “Órganos de gobierno de la empresa familiar (I): principios de buen gobierno en la empresa familiar. Especial referencia al gobierno de la familia empresarial”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 397-421.
- CORONA RAMÓN, J. TÉLLEZ ROCA, J.: “El protocolo familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 793-835.
- CORTÁZAR LORENTE, C.: *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*. XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, septiembre 2004. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm> [Consulta 25 de septiembre de 2013].
- CORTÁZAR LORENTE, C.: “Trust y empresa familiar”, en *El Trust en el Derecho Civil* (Dir. ARROYO I AMAYUELAS, E.) Ed. Bosch. Barcelona, 2007, pp. 518-531.
- CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- CRESPO ALLUÉ, F.: “La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes”, en *Los conflictos actuales en el Derecho de familia*. AA.VV. (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2013, pp. 47-94.
- CUADRADO IGLESIAS, M.: “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. AA.VV (Coords. BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, P. et al.) Ed. Universidad de Salamanca, 1984, pp. 117-146.
- CUADRADO IGLESIAS, M.: “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo I. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2004, pp. 1133-1150.
- CUCURULL POBLET, T.: *El protocolo familiar mortis causa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.
- CUESTA LÓPEZ, J. V.: *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar*. Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación. Valencia, 2001.
- CURIEL LORENTE, F.: “La sucesión en la empresa familiar en el derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos” en *Actas de los Undécimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Noviembre 2001, pp. 89-112.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. AA.VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 117- 272.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja", en *La autonomía privada en el Derecho Civil*. AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, pp. 173-244.
- DE BARRÓN ARNICHES, P., PLA MATEU, R.: "El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar" en *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 22, 2016, pp. 45-83.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Ed. La Ley, 2ªed. Madrid 2011.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 730, 2012, pp. 1029-1039.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E.: *Análisis de la sucesión intestada*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- DE LA TORRE GARCÍA, A., JUANES LUIS, R.: "El proceso de sucesión en la empresa familiar. Revisión, análisis y propuesta de intervención", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. VI AA.VV. (GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 109-122.
- DE LAMA AYMÁ, A.: *Libertad de testar y memorias testamentarias*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- DE LAS HERAS GALVÁN, J. A.: "Algunas consideraciones sobre la libertad de testar", en *Homenaje a Don Ramón Sastre Martín y a Don Fernando Luis Fernández Blanco*. AA.VV. Diputación Provincial de Ávila. Institución Gran Duque de Alba. Ávila, 2007, pp. 137-148.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Empresa familiar y liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho", en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*. AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, pp. 227-260.
- DEL POZO CARRASCOSA, P.: "Pactos sucesorios en Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 1367-1396.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*. Ed. Marcial Pons, 2ª ed. Madrid, 2016.
- DEL VALS GONZÁLEZ, J. M.: "Regímenes económicos matrimoniales y empresa familiar", en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, pp. 119-140.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)" en *Nul. Estudios sobre invalidez e ineficacia* nº1, 2009. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=742>. [Consulta 14 de diciembre de 2013].

- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Autonomía privada y Derecho de sucesiones”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, pp. 512-640.
- DETHLOFF N.: “Contracting in family law: A european perspective”, en *The future of family property in Europe* (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 65- 94.
- DÍAZ ALABART, S., *et al*: *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (Dir. DÍAZ ALABART, S.) Ibermutuamur. Madrid, 2004.
- DÍAZ ALABART, S.: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. I. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 1046-1062.
- DÍAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. AA.VV. (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.) Ed. La Ley. Madrid, 2007, pp. 53-112.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 181-235.
- DIÉGUEZ OLIVA, R.: “Notas sobre algunos aspectos sucesorios de los protocolos familiares”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 331-346.
- DIETER, S., GOTTWALD, P., LETTMAIER, S.: *Family and Succession Law in Germany*. 2ªed. Ed. Wolters Kluwer. Países Bajos, 2012.
- DÍEZ SOTO, C. M.: “La sucesión en la empresa familiar”, en *La gestión de las empresas familiares: Un análisis integral*. AA.VV. (Ed. MONREAL MARTÍNEZ, J, *et al.*) Ed. Civitas. Navarra 2009, pp. 291-314.
- DÍEZ SOTO, C. M.: “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: Problemas y soluciones”, en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.). Ed. Civitas. Navarra, 2010, pp. 142-165
- DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar: Naturaleza y eficacia”, en *Régimen jurídico de la empresa familiar*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ RUIZ, M.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, pp. 167-201.
- DÍEZ SOTO, C. M.: “La partición realizada por el propio testador en el Código Civil,” en *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Tomo I. AA.VV. (Coord. BLASCO GASCO, F. P., *et al.*) Ed. Tirant lo Blanch. Bilbao, 2011, pp. 879-896.
- DÍEZ SOTO, C. M.: “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la empresa familiar” en *Revista de Empresa Familiar*. Vol.1, núm. 1, 2011, pp. 24-33.

- DÍEZ-PICAZO, L., GULLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Tomo I. Ed. Tecnos, 11ªed. Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Tomo II. Ed. Tecnos, 11ªed. Madrid, 2012.
- DOMINGUEZ LOZANO, P.: “Nuevas estructuras familiares en la Unión Europea”, en *Derecho, sociedad y familia: Cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006), pp. 189-206.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La transmisión unitaria del patrimonio familiar en el código civil español y el problema de las legítimas”. *Actas Congreso Internacional Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), pp. 397-411.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y pactos sucesorios” en *InDret* [En línea], número 3, 2007. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/455_es.pdf. [Consulta 7 de abril de 2015].
- EGUSQUIZA BALMAEDA, M. A.: *Sucesión “Mortis Causa” de la Familia Recompuesta (De la reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)* Ed. Aranzadi. Navarra, 2015.
- ELLMAN, I. M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, pp. 403- 442.
- ESCOLÁN REMARTÍNEZ, A.: *La fiducia sucesoria aragonesa: Del “pacto al más viviente” hasta la problemática fiscal moderna*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*. Universidad de Sevilla, Madrid, 1999.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La cesión de la herencia futura en el régimen matrimonial de bienes, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GÓMEZ GÁLLIGO, J.) Ed. Civitas. Navarra 2008, pp. 1587-1604.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Coord. AGUILAR RUIZ, L., et al.) Ed Aranzadi. Navarra 2014, pp. 127-137.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del código civil español” en *Revista de Derecho Privado*. Vol. 63 nº4 (abril) 1979, pp. 309-317.
- ESPIÑERÍA SOTO, M. I.: “Contenido de las capitulaciones matrimoniales y desplazamientos patrimoniales entre cónyuges”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, pp. 217-321.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Autonomía de la voluntad y estabilidad matrimonial”, en *Familia y sociedad en el s. XXI* (Ed. GONZÁLEZ, A. M., ARREGUI, P., MONTORO, C.) Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 39-53.
- FARRERO RÚA, A. B.: “Comentarios al Título III del Libro IV”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. AAVV (Coord. PUIG BLANES, F. D, SOSPEDRA NAVAS, F. J.) Tomo II. 2ª ed. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013, pp. 319-366.

- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Ed. Civitas. Navarra, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 284, abril-junio 2012, pp. 53-102.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Tomo I. AA.VV. (Coord. BLASCO GASCO, F. P., et al.) Ed. Tirant lo Blanch. Bilbao, 2011, pp. 1057-1083.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar* (Dirs. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015, pp. 227-250.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., REYES LÓPEZ, M. J.: *La empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, M. A.: “La administración de la sociedad de gananciales en el Código Civil”, en *Comunidad de gananciales*. AA.VV. (Coords. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B.) Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016, pp. 253-302.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y sucesión contractual*. Ed. Comares. Granada, 2007.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo y su publicidad registral” en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 23, 2009, pp. 289-308.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2008.
- FERRER VANRELL, M. P.: “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia” en *Revista Jurídica del Notariado*, nº55, julio-septiembre 2005, pp. 45-72.
- FIGUEROA TORRES, M.: *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.
- FLAQUER, L.: *El destino de la familia*. Ed. Ariel. Barcelona, 1998.
- FLAQUER, L.: “Ley catalana de apoyo a las familias: ¿una oportunidad perdida?” en *Indret* [En línea] núm. 2. 2004. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/dc12_es.pdf [Consulta 10 de febrero de 2010].
- FONT I SEGURA, A.: “La ley aplicable a los pactos sucesorios” en *Indret* [En línea], número 2, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/635_es.pdf. [Consulta 20 de enero de 2017].

- FONT I SEGURA, A.: “Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en *El Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*. AA.VV. (Dir. GINEBRA MOLINS, M. E., TARABAL BOSCH, J.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2016, pp. 161-192.
- FREIRE BARRAL, G.: “La incidencia de la situación familiar en el otorgamiento del testamento notarial, una aproximación práctica”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 83-101.
- FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires*. Algunas propuestas de reforma”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 457-499.
- FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona 2010, pp. 219-268.
- FUENTES RAMÍREZ, J.: *De padres a hijos. El proceso de sucesión en la empresa familiar*. Ed. Pirámide. Madrid, 2007.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés*. Ed. Bosch. Barcelona, 2011.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El nuevo régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias*. Ed. Bosch. Barcelona, 2013.
- GAGLIARDO, M.: *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *Estudios de Derecho Civil, en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. AA.VV. (Coords. CUENA CASAS, M., et. al) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 1329-1349.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La legítima y la sucesión “mortis causa” en la empresa familiar en el código civil español”. *Actas Congreso Internacional Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto. Octubre 2015 (en prensa), pp. 495-518.
- GALLO, M. A.: “Etapas en el desarrollo de la empresa familiar”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. VV.AA. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid 1995, pp. 31-47.
- GALLO, M. A.: “La empresa familiar. Fortalezas y trampas”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, pp. 49-59.

- GALLO, M. A.: “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid 1995, pp. 61-81.
- GALLO, M. A.: *El futuro de la empresa familiar*. Ed. Profit. Barcelona, 2011.
- GALLO, M. A., GÓMEZ BETANCOURT, G.: *Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia*. Ed. EUNSA. Navarra, 2015.
- GARCÍA CANTERO, G.: “Empresa familiar y sociedad de gananciales”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, pp. 83-96.
- GARCÍA CANTERO, G.: “Transmisión mortis causa de la empresa familiar”, en *La empresa familiar ante el derecho: El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas. Madrid, 1995, pp. 97-113.
- GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: “El matrimonio, realidad social e institución jurídica,” en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, pp. 53-215.
- GARCÍA HERRERA, V.: “La sucesión en la empresa familiar” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 726, 2011, pp. 1927-1959.
- GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Notas al artículo 831 del Código Civil”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 297-357.
- GARCÍA ROSS, J. J. y TÉLLEZ ROCA, J.: “Aspectos civiles de la sucesión”, en *Empresa familiar. Aspectos jurídicos y económicos*. AA. VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 666-725.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*. XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, septiembre 2004. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm>. [Consulta 7 de junio de 2010].
- GARCIA RUBIO, M. P.: “La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 1499-1521.
- GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp.1259-1315.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: “El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 289-298.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el derecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 63-94.

- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y estatutos sociales. Armonización con el protocolo familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 627- 651.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Fiducias, sustitución fideicomisaria y empresa familiar. El caleidoscopio legal”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. AA.VV. (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 367- 397.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria. Su protocolo” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 44, 2006, pp. 94-123.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2010, pp. 381-446.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, en *Tratado de Derecho de la familia*. V. VIII. AA.VV. (Dir. CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA, M) Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 955-1048.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” en *Revista jurídica del Notariado*, núm. 83, julio-septiembre 2012, pp. 353-371.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “El matrimonio y la familia. Año 2012”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. AA. VV. (Coords. CUENA CASAS, M., et. al) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 1745-1751.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria: El cambio generacional en las empresas familiares” en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 85, enero-marzo 2013, pp. 405-421.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia y el derecho de la familia”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo. IV. Vol. 1º. AA.VV. (Coord. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, pp. 33-52.
- GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Tomo I, Ed. Marcial Pons, 2ªed. Madrid, 2009.
- GARRIDO MELERO, M.: “El derecho sucesorio en el derecho de familia”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*. AA.VV. (Coords. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S.) Ed. Bosch. Barcelona, 2011, pp. 783- 805.
- GASPAR LERA, S.: “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura. Límites a la autonomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº3 2011, pp. 1042-1074.
- GASPAR LERA, S.: “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés” en *Indret* [En línea], núm. 3. 2012. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf. [Consulta 20 de julio de 2016].
- GELINER, O., GAULTIER, A.: *El futuro de las empresas personales y familiares*. (Trad. VADILLO, L.) Ed. Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid, 1976.

- GERSICK, K. E., DAVIS, J. A., MCCOLLOM HAMPTON, M. Y LANSBERG, I.: *Generation to generation. Lifecycles of the family business*. Ed. Harvard Business School Press. Boston, 1997.
- GERSICK, K. E., DAVIS, J. A., MCCOLLOM, M., LANSBERG, I.: *Empresas familiares. Generación a generación*. Ed. McGraw Hill. México, 1997.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: “Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 757-795.
- GIAMPETRAGLIA, R.: “La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 67, fasc. IV. 2014, pp. 1169-1197.
- GIL RODRIGUEZ, J.: “La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad.”2010. Disponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/La+sucesi%C3%B3n+contractual.pdf> [Consulta 20 de febrero de 2015].
- GIL RODRÍGUEZ, J.: “El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación”, en *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Tomo I. AA.VV. (Coord. BLASCO GASCO, F. P., et al.) Ed. Tirant lo Blanch. Bilbao, 2011, pp. 1209-1237.
- GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial. Los pactos pruruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre 2011, pp. 2577-2620.
- GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 653- 707.
- GOMÁ LANZÓN, I.: “Los derechos del cónyuge viudo”, en *Instituciones de Derecho Privado* T.V, Vol. 3º AA.VV. (Coord. DELGADO DE MIGUEL, J. F.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2005, pp. 599-943.
- GOMÁ LANZÓN, I.: “Régimen económico matrimonial y derechos sucesorios del cónyuge viudo: Tendencias actuales y propuestas de reforma”, en *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 79-104.
- GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, pp. 447-514.
- GOMÁ LANZÓN, F.: “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 555- 576.
- GÓMEZ GÁLICO, J.: “Intervención de los legitimarios en la partición en derecho civil común”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 679-701.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “El régimen económico matrimonial en el código civil: Una revisión crítica veinticinco años después”, en *El nuevo derecho de familia:*

- modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. NAVARRO VIÑUALES, J. M.) Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 49-78.
- GONZÁLEZ ACEBES, B.: “Promoviendo a la mujer en la sucesión de la empresa agraria”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 547-569.
- GONZÁLEZ BOU, E.: “Los contratos sucesorios como forma de ordenación de la sucesión de la empresa por causa de muerte”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, pp. 515-569.
- GRAMUNT, M., RUBIO, G.: “Instrumentos de protección de la pareja superviviente en el Derecho Civil de Cataluña”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 571-595.
- GRIFFITHS, G.: “The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems,” en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid 2006, pp. 53-68.
- GUARDO, M. L.: “La empresa familiar y el ejercicio de la planificación sucesoria”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar* (Dir. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 175-192.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: Propuestas”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2009, pp. 15-49.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Autonomía patrimonial de los esposos y cogestión de la sociedad conyugal: La necesaria reforma del sistema derivada de su incompatibilidad”, en *Los conflictos actuales en el Derecho de familia* Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.) Ed. Lex Nova. Valladolid, 2013, pp. 19-46.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., RAGA SASTRE, N.: “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en *Tratado de Derecho de la familia*. Vol. III (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 443-623.
- GUINJOAN, M., LLAURADÓ, J. M.: *El empresario familiar y su plan de sucesión*. Ed. Díaz de Santos, Madrid 2000.
- HARPER, M., FRANKLE, B.: “An English Practitioner’s View on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation Agreements”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, pp.122-143.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Algunas reflexiones en torno al usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. VV.AA (Coords. CUENA CASAS, M., et. al) Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 1385-1404.
- HERNÁNDEZ ORTIZ, M. J. (coord.), FUENTES LOMBARDO, G., MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R., VALLEJO MARTOS, M. C.: “Supervivencia, gobernabilidad y desarrollo de la empresa

- familiar: el papel de los principales agentes implicados”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 753-791.
- HERRERO DE MIÑON, M.: Fundamentos constitucionales del patrimonio familiar, empresarial y empresarial”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo III. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 21-34.
- HERRERO OVIEDO, M.: “El renacer de los pactos sucesorios”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* (Ed. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.) Grupo de investigación De Conflictu Legum, Santiago de Compostela 2009, pp. 199-217.
- HERRERO OVIEDO, M.: “Los pactos sucesorios en el Código Civil francés”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. AA.VV. (Coord. GARCIA RUBIO, M. P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2009, pp. 443-475.
- HOLGADO ESTEBAN, J., PANISELLO MARTÍNEZ, J., PUIG BLANES, F. P., SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo I (Coord. PUIG BLANES, F. P., SOSPEDRA NAVAS, F. J.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2013.
- HUALDE MANSO, T.: “Patrimonio fiduciario y sucesión en la empresa familiar”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 625-637.
- HUERTA TROLEZ, A.: “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio” en *El cambio generacional en la empresa familiar, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm 27. Octubre 2003, pp. 39-86.
- IGLESIAS DE USSEL, J., MARÍ-KLOSE, P.: “La familia española en el s. XXI: los retos del cambio social”, en *Familias*. AA.VV. (Dir. CHACÓN, F, BESTARD, J.) Ed. Cátedra. Madrid, 2011, pp. 1001-1123.
- IMAZ ZUBIAUR, L.: *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006.
- IRURZUN GOICOA, D.: “¿Qué es la legítima para el Código Civil español?” en *Revista de Derecho Civil*. Vol. II, núm. 2 abril-junio 2015, pp. 257-279. Disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/127/115> [Consulta 23 de junio de 2016.]
- JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: “La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 707-725.
- KENEDY, C., *Empresa familiar: apellidos que han triunfado*. Ed. Ariel. Barcelona, 2002.
- KRASNOW, A., CALCATERRA, G.: “Introducción a la empresa de familia”, en *Empresas de familia*. AA.VV. (Dir. CALCATERRA, G., KRASNOW, A.) Ed. La Ley. Buenos Aires, 2010, pp. 3-20.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Ed. Civitas. Navarra, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia*. Tomo VI. Ed. Marcial Pons, 12ª ed. Madrid, 2013.
- LEA, J. W.: *La sucesión del management en la Empresa Familiar*. Ed. Granica. Barcelona, 1992.
- LEGERÉN, A.: *El sistema testamentario estadounidense*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2009.

- LEMOULAND J. J.: “Convergencia de los efectos patrimoniales de las diferentes formas de conyugalidad en Francia” (Trad. ALMIRAULT, M.) en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 641-659.
- LLAMAS POMBO, E.: “Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión”, en *Nuevos conflictos del derecho de familia* AA.VV. (Coord. LLAMAS POMBO, E) Ed. La Ley, Madrid 2009, pp. 209-268.
- LLEBARÍA SAMPER, S.: “El patrimonio de las parejas de hecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 363-421.
- LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O.: “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 649-718.
- LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2004, p 51-71.
- LLOPIS GINER, J. M.: “Reflexiones críticas del derecho de familia: Tradición y futuro”, en *Retos del s. XXI para la familia* AA. VV. (Coord. BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ, M., LLOPIS GINER, J. M.) Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2008, pp. 245- 298.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58 nº3 2005, pp. 1115-1152.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., MOLÍNA VILAMAYOR, M.: “La sucesión “mortis causa” de la empresa familiar, en *Derecho de sucesiones: Actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial*. AA.VV. (Dir. PRATDESABA, R., LAUROBA, M. E.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, pp. 61-78.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J.: “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del código civil”, en *Protección del patrimonio familiar* AA. VV. (coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J., GARCÍA PÉREZ, R.) Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, pp. 39-73.
- LÓPEZ PEDREIRA, A.: “Legítimas o libertad para testar: una reflexión desde el Derecho romano”, en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 981-996.
- LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, A. “Herramientas de desarrollo del protocolo familiar” en *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, número 15, 2012. Disponible en: http://www.uco.es/estudia/catedras/catedra_prasa/img/0_x11_1353581924.pdf. [Consulta 30 de marzo de 2015].
- LORENZO-REGO, I.: *El concepto de familia en Derecho español: Un estudio interdisciplinar*. Ed. Bosch. Barcelona, 2014.
- LUCERO BRINGAS, M. A.: “La sucesión. El talón de Aquiles en la empresa familiar”, en *La sucesión en la empresa familiar*. AA.VV. (Dir. FAVIER DUBOIS, E. M.) Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2014, pp. 69-81.

- LUNA SERRANO, A.: “Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I. AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 3-9.
- LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social” en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 50, julio-diciembre 2010, pp. 59-143.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., LORA TAMAYO, I., O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada” en *El Notario del s.XXI*, nº2 Julio-agosto 2005. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2?id=3371:libertad-de-testar-hacia-una-solucion-justa-y-equilibrada-0-747536617096082>
- MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar. Una reforma necesaria”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Ed. Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, pp. 641-690.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R.: *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil*. Ed. Dykinson. Sevilla, 2008.
- MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La transmisión *mortis causa* de la explotación agraria y el mantenimiento de la integridad de la explotación”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 829-851.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “La figura del trust en los Estados Unidos de América.” en *Indret* [En línea], núm. 2/2008 Disponible en: http://www.indret.com/pdf/536_es.pdf. [Consulta 14 de noviembre de 2016].
- MARTÍNEZ CORTÉS, J.: “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 305-357.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Acuerdos entre convivientes *more uxorio*” en *Revista de Derecho Privado* núm. 85 noviembre-2001, pp. 841-874.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., PARRA LUCÁN, M. A.: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Ed. Colex 5ª ed. Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*. Ed. Colex. 4ªed. Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* AA.VV. (Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Ed. Lex Nova, Valladolid 2009, pp. 101-118.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentarios a los artículos 1051 a 1067 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*. AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.) Ed. Aranzadi, 3ªed. Navarra, 2009, pp. 1229-1248.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 425-462.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*. Ed. Agencia Estatal Boletín Estatal del Estado. Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I.: *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Ed. La Ley. Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ NOVO, S.: “Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales” en *Iuris*, nº144 diciembre 2009, pp. 36-43.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, J. R., RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, R.: *Derecho matrimonial y donación*. Colección La Oficina Notarial. Vol. V AA.VV. (Coord. MARTÍNEZ ORTEGA, J. C) Ed. Bosch. Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.:” El artículo 831 y el “favor viduitatis”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 969-1002.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.:” Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. I. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 1863-1874.
- MAS BADÍA, M. D.: “La disposición mortis causa de bienes gananciales”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I. AA. VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 323-360.
- MATORELL ZULUETA, P.: “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, pp. 73-95.
- MEDINA ALCOZ, M., HERAS HERNÁNDEZ, M., IGLESIAS CARIDAD, M.: “Capitulaciones Matrimoniales, Pactos Prenupciales y Pactos de organización económica de las parejas estables no casadas”, en *Contratos*. T. VI. AA.VV. (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.) Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp.473-701.
- MEDINA ALCOZ, M.: “Pactos prematrimoniales, “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”, en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 773-787.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *El legado de la legítima estricta en el Derecho común español*. Ed. Dykinson. Madrid, 2012.
- MESA MARRERO, C.: “Pactos con transcendencia sucesoria en la sociedad civil” en *Anuario de Derecho Civil*, t. 67, fas. III, 2014, pp. 895-929.
- MILES, J., SCHERPE, J. M.: “The future of family property in Europe”, en *The future of family property in Europe*. AA.VV. (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.). Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 423-432.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.: “Reflexiones sobre la legítima”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 983-1001.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La compensación económica por razón del trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña. Algunas cuestiones civiles y fiscales” en *Indret* [En línea], núm. 1. 2012. Disponible en: <http://www.indret.com/es/index.php>

- MONTSERRAT VALERO, A.: “Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*. AA.VV. (Coords. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S.) Ed. Bosch. Barcelona, 2011, pp. 401-408.
- MONSERRAT VALERO, A.: “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Persona y familia. Estudios de Derecho Civil Catalán*. AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ- MORENO, A., MARTINELLI GISPert-SAÚCH, J. M.) Ed. Difusión Jurídica. Madrid, 2014. pp. 155-167.
- MONTES RODRÍGUEZ, M. P.: “El modo de mejorar al máximo la posición del cónyuge viudo en el testamento”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 1003- 1027.
- MORENO VELASCO, V.: “La validez de los acuerdos prematrimoniales” en *Diario la Ley*, núm. 7049, noviembre 2008.
- MORENO VELASCO, V.: “El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales. Los límites a la autonomía de la voluntad” en *Diario La Ley*, número 7609, 2011.
- MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*. Ed. Civitas. Navarra, 2013.
- MUÑIZ ESPADA, E.: *La transmisión de la empresa agraria*. Ed. Civitas. Navarra, 2008.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición*. Ed. Aranzadi. Navarra, 1997.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: “Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, Noviembre- Diciembre 2010, pp. 2685-2721.
- NANCLARES VALLE, J.: “Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 871-895.
- NANCLARES VALLE, J.: “La validez y eficacia de las promesas de mejorar y no mejorar”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I AA.VV. (Coord. MONJE BALMASEDA, O.) Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 939-968.
- NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya” en *Indret* [En línea], núm. 2. 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/636_es.pdf. [Consulta 4 de septiembre de 2016]
- NAVAS NAVARRO, S.: “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción” en *Anuario de Derecho Civil* vol. 64, nº 1 2011, pp. 41-74.
- NAVAS NAVARRO, S.: *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- NAVAS NAVARRO, S.: “La “normal inestabilidad de las circunstancias” en el Derecho de familia y de sucesiones”, en *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* AA.VV. (Dir. ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M. L.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015, pp. 175-212.
- NEBREA VILLASANTE, R.: “El protocolo familiar” en *La empresa familiar, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12. Mayo 1999, pp. 21- 33.
- NIETHARDT, E. G.: *La empresa familiar y sus protagonistas*. Ed. Dunken. Buenos Aires, 2007
- NOGALES LOZANO, F., *La continuidad de la empresa familiar*. Ed. Cátedra. Córdoba, 2003.

- NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*. Ed. CIE. Madrid 2004.
- NOGALES LOZANO, F.: *Empresas familiares: La profesionalización de los Consejeros de Familia*. Unión Editorial. Madrid, 2012.
- NUÑEZ NUÑEZ, M.: “Algunas reflexiones-negativas-al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. AA.VV. (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.) Ed. La Ley. Madrid, 2007, pp. 673-684.
- ORDUÑA MORENO, F. J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013.
- ORTEGA, F.: “Patrimonio protegido”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* AA.VV. (Coord. GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., LECIÑENA IBARRA, A.) Ed. Aranzadi. Navarra 2014, pp. 233-251.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 239-304.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L.: “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del código civil”, en *Protección del patrimonio familiar* AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J. Y GARCÍA PÉREZ, R.) Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, pp. 309-345.
- PARRA LUCÁN, M. A.: “La sucesión de la empresa. Algunos problemas que se plantean en la sucesión legal de la empresa individual. En especial, la responsabilidad por deudas” en *Actas de los Undécimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Noviembre 2001, pp. 113-124.
- PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, vol.13 2009, pp. 481-554.
- PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” en *Diario La Ley* nº7675, 2011.
- PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia,” en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I. AA.VV. (Coord. PRATS ALBENTOSA, L.) Consejo General del Notariado. Madrid, 2012, pp. 97- 454.
- PARRA LUCÁN, M. A.: “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” en *Indret* [En línea], núm. 4. 2015. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1187_es.pdf. [Consulta 26 de julio de 2016].
- PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2013.
- PÉREZ HEREZA, J.: “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales” en *El Notario del s.XXI* nº 18. Marzo-abril 2008.

- PÉREZ ALVAREZ, M. A, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., CÁMARA LAPUENTE, S.: *Curso de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones*. Ed. Edisofer. Madrid, 2016.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*. Tomo II. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2009.
- PÉREZ RAMOS, C.: “Sucesión y crisis matrimonial”, en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson. Madrid 2013, pp. 231-273.
- PÉREZ RAMOS, C.: “La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el s. XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* AA.VV. (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 107-125.
- PÉREZ RODRIGUEZ, M. J.: “El papel del mentor en las empresas familiares”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto. Barcelona, 2011, pp. 727-752.
- PILIA, C.: “Autonomía privada, familia y herencia: El instrumento contractual para definir las relaciones y resolver los conflictos”, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro* AA. VV. (Coord. AGUILAR RUIZ, L., ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.) (Trad. AGUILAR, RUIZ, L.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2014, pp. 157-164.
- PINTENS, W.: “Matrimonial property law in Europe”, en *The future of family property in Europe* AA.VV. (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 19-46.
- PINTO ANDRADE, C.: “La genérica validez de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial” en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, octubre 2010, pp. 63-74.
- PINTO ANDRADE, C.: *Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura*. Ed. Bosch. Barcelona, 2010.
- PINTÓ RUIZ, J. J.: “La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña” en *Economist & Jurist* n° 192, Julio-Agosto 2015, pp. 16-33.
- PLANA FERRÁN, M.: “¿Pueden ser los pactos sucesorios un instrumento al servicio de la pervivencia de la empresa familiar?” en *Cuadernos prácticos de Empresa Familiar* n°2, 2013, pp.71-78. Disponible en: http://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/47287/cpef_a2013v2n1p71.pdf?sequence=1 [Consulta 20 de marzo de 2016]
- POVEDA BERNAL, M. I.: “Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar”, en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión* AA.VV. (Coord. NOGALES LOZANO, F.) Fundación EOI. Madrid, 2007, pp. 95- 123.
- PROSPER MÁNGLANO, F.: “El gobierno de la empresa familiar”, en *Maestros en empresa familiar* AA.VV. (Coord. ARAGÓN, C.) Universidad de Deusto. Bilbao, 2004, pp. 13-42.
- PUIG FERRIOL, L.: “Constitución y protección de la familia” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n°40, 2002. Universidad de Valencia, pp. 177-191.

- PUIG FERRIOL, L.: “Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil catalán”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*. AA.VV. (Coords. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S.) Ed. Bosch. Barcelona, 2011, pp. 199-217.
- QUINZÁ REDONDO, J. P.: *Régimen económico matrimonial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 1995-2015.
- RAMS ALBESA, J. J.: “Artículos 1.271 y 1.272”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* AA.VV. (Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DIAZ ALABART, S.) Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993, pp. 441-469.
- RAMS ALBESA, J. J.: “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. AA.VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 25-116.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 15, 2003, pp. 2111-2170.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: Conclusiones de una investigación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 23-41.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: “Relaciones familiares y otorgamiento de testamento”, en *Especialidades en Derecho de familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 239-266.
- RENCHON, J. L.: “¿Hacia dónde va el derecho de la persona y de la familia?” (Trad. ALMIRAULT, M.) en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 583-593.
- RESETAR, B.: “Matrimonial Property in Europe: A Link Between Sociology and Family Law”, en *Electronical Journal of Comparative Law* [En línea] vol. 12. 3, Diciembre 2008, pp. 1-17. Disponible en: <http://www.ejcl.org/123/art123-4.pdf> [Consulta 15 de abril de 2014]
- REVERTE NAVARRO, A.: “Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4133-4168.
- REYES LÓPEZ, M. J.: “Economía del matrimonio y empresa familiar”, en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi. Navarra 2004, pp. 97-190.
- REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 95-154.

- REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual,” en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* T. I AA. VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, pp. 269-333.
- REYES LÓPEZ, M. J.: “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar. En particular, sobre el régimen económico matrimonial”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar* AA. VV. (Dir. CAMISÓN ZORNOZA, C., VICIANO PASTOR, J.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 193-226.
- REYES LÓPEZ, M. J.: “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, en *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. AA.VV. (PLAZA PENADÉS, J.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, pp. 69-109.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Régimen sucesorio del Código Civil”, en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones*. T. II AA. VV. (Coord. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., RAJOY BREY, E.) Ed. Civitas. Navarra, 2008, pp. 717-941.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003)”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4279- 4301.
- ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolo*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 23-61.
- ROCA JUNYENT, M., MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capítulos matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en *El protocolo familiar*. AA.VV. (Eds. AMAT, J. M., CORONA, J. F.) Ed. Deusto. Barcelona, 2008, pp. 215-222.
- ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social*. Ed. Civitas. Madrid, 1999.
- ROCA I TRIAS, E.: “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 2107-2140.
- ROCA TRÍAS, E.: “Familia y Constitución”, en *Derecho, sociedad y familia: Cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006), pp. 207-227.
- ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2013.
- ROCA TRÍAS, E.: “Una reflexión sobre la libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 1245-1266.
- ROCA TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J.: *La familia empresarial*. Ed. Cátedra PRASA de Empresa Familiar. Córdoba, 2001.

- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., AGUSTÍN TORRES, C.: “La empresa familiar y el derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios” en *La empresa familiar, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12. Mayo 1999, pp. 35-104.
- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A.: “El protocolo familiar”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*. AA.VV. (Coord. VICENT CHULIÁ, F.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2004, pp. 287- 311.
- RODRIGUEZ PRIETO, F. “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social” en *El Notario del Siglo XXI*, nº70, noviembre-diciembre 2016, pp. 178-180.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable a los pactos sucesorios*. Ed. Servicio de Publicaciones Universidad Santiago de Compostela, 2013.
- ROMÁN GARCÍA, A. M.: *El matrimonio y su economía*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2004.
- ROSALES MATIENZO, N.: “Desafíos de la generación entrante. Aspectos generales”, en *La sucesión en la empresa familiar*. AA.VV. (Dir. FAVIER DUBOIS, E. M.) Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2014, pp. 83-99.
- RÖTHEL, A.: *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán* (VAQUER ALOY, A. trad.) Ed. Bosch (Obra original publicada en 2007) Barcelona, 2008.
- RUBIO GIMENO, G.: *Autorregulación de la crisis de pareja*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 155- 204.
- RUEDA ESTEBAN, L.: “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 205- 237.
- RUEDA ESTEBAN, L.: “El fiduciario del art. 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* T. I AA.VV. (Dir. PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, A.) Ed. Dykinson, Madrid 2013, pp. 577- 613.
- RUEDA ESTEBAN, L.: “Artículo 831 del Código Civil: Auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común”, en *Instituciones de Derecho Privado*. T. V. vol. 1º. AA.VV. (Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M.) Ed. Civitas, 2ªed. Navarra, 2015, pp. 1305-1379.
- RUS RUFINO, S.: “Consideraciones sobre la sucesión en la empresa familiar” en *El cambio generacional en la empresa familiar, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27. Octubre 2003, pp. 11-37.
- RUS RUFINO, S., TREVINYO-RODRIGUEZ, R. N.: “Redefiniendo la empresa familiar”, en *Empresa familiar: Aspectos jurídicos y económicos*. AA.VV. (Ed. CORONA, J.) Ed. Deusto, Barcelona, 2011, pp. 39-64.
- SABATER BAYLE, E., CILVETI GUBÍA, M. B.: *Derecho Civil Navarro*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2014.

- SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “El pago en metálico de la legítima por orden del testador y garantías para su cumplimiento”, en *Estudios de Derecho de sucesiones*. AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P.) Ed. La Ley. Madrid, 2014, pp. 1299-1317.
- SAIZ GARCÍA, C.: “El comerciante casado en gananciales y sus acreedores,” en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* AA.VV. (Coord. REYES LOPEZ, M. J.) Ed. Aranzadi, Navarra 2004, pp. 191-210.
- SALDAÑA RODRIGUEZ, M.: *La sucesión en una empresa familiar*. Grupo Editorial Iberoamérica. México, 1998.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*. Ed. Comares. Granada, 2003.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 477-541.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. C.: “La relevancia de la empresa familiar en la economía”, en *La gestión de las empresas familiares: Un análisis integral*. AA.VV. (Ed. MONREAL MARTÍNEZ, J, et al.) Ed. Civitas. Navarra, 2009, pp. 29-48.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., CALERO ARTERO, J. F.: *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Ed. Comares, 2ªed. Granada, 2001.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional” en *El cambio generacional en la empresa familiar*, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm 27. Octubre 2003, pp. 87-134.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. 4ªed. Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., TRIGO GARCÍA, B.: “Testamento mancomunado aragonés y otras formas testamentarias en Galicia”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. AA.VV. (Dir. GETE-ALONSO y CALERA, M. C.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2011, pp. 471-529.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *Disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales. Sociedad de gananciales y regímenes forales de comunidad*. Ed. Reus. Madrid, 2016.
- SCHERPE, J. M.: “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. AA.VV. (Ed. SCHERPE, J. M.) Hart Publishing. Oxford, 2012, pp. 443-518.
- SCHERPE, J. M.: “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*” en *Indret* [En línea], número 2, 2012. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/890_es.pdf [Consulta 9 de enero de 2017].
- SERNA MEROÑO, E.: “Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. AA.VV. (Coord. REBOLLEDO VARELA, A. L.) Ed. Dykinson. Sevilla, 2010, pp. 237-261.
- SERRANO CAÑAS, J. M.: *El cambio generacional en empresas familiares*. Marcial Pons. Madrid, 2013.

- SERRANO CHAMORRO, M. E.: “Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 747, Enero-Febrero 2015, pp. 95-148.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Estate planning. La planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo III. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, pp. 491-520.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Trust y derecho de sucesiones”, en *El Trust en el Derecho Civil* AA. VV. (Dir. ARROYO I AMAYUELAS, E.) Ed. Bosch. Barcelona, 2007, pp. 59-96.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones “parasucesorias”, en *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*. T. I AA. VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona 2010, pp. 3- 53.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*. AA.VV. (Coords. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S.) Ed. Bosch. Barcelona, 2011, pp. 327- 399.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces para la transmisión de la empresa familiar en el Derecho sucesorio catalán”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA. VV. (coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 55-116.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Pactos sucesorios de atribución particular: Su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña” en *Revista General de Derecho Romano* nº16 2011.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos de atribución particular: Entre la “sucesión anticipada” y su complementariedad con las disposiciones de última voluntad”, en *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (Dir. ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M. L.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015, pp. 213-245.
- SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed. Iustel. Madrid 2008.
- SERRANO GARCÍA, J. I.: “Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 243-265.
- SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* AA. VV. (Coord. RAMS ALBESA, J. J.) Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 331-416.
- SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la familia*. V. VIII. AA.VV. (Dir. CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA, M.) Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, pp. 1049-1134.
- SHARMA, P., CHRISMAN, J. J., CHUA, J. H.: “Succession planning as planned behaviour: Some empirical results” en *Family Bussiness Review*, vol. XVI, nº1. Marzo 2003, pp. 1- 15.
- SIERRA DE PÉREZ, I.: “La fiducia sucesoria en Derecho Común. El artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre” en *Revista de Derecho Patrimonial* nº19 2007, pp. 89-124.

- SIMÓ SANTONJA, V. L.: *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales: el testamento, una herramienta básica*. Ed. IVEFA. Valencia, 2002.
- SLOAN, B.: “Testamentary freedom and caring adult offspring in England & Wales and Ireland”, en *The future of family property in Europe*. AA. VV. (Ed. BOELE-WOELKI, K., MILES, J., SCHERPE, J. M.) Ed. Intersentia. Cambridge, 2011, pp. 251-276.
- SORO RUSSEL, O.: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación. Génesis y contenido actual*. Ed. Reus. Madrid, 2016.
- SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho matrimonial*. Ed. Marcial Pons. 3ª ed. Madrid, 2007.
- TAMAYO HAYA, S.: “Los pactos sobre cuestiones matrimoniales en las crisis conyugales: Comentarios a la STS de 21 de diciembre de 1998” en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* nº 1 1998, pp. 443-456.
- TÁPIES LLORET, J., FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca de la fragilidad de las empresas familiares”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA. VV. (Coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 19-54.
- TAPIÉS, J.: *Empresa familiar: Ni tan pequeña, ni tan joven*. Fundación Jesús Serra. Barcelona, 2009.
- TENA PIAZUELO, I.: “Cabeza de familia, y lo que trae a la familia de cabeza. Consideraciones sobre las recientes reformas del derecho de familia español”, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., GARRIDO CHAMORRO, P. J.) Ed. Civitas. Navarra, 2010, pp. 962-997.
- TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 767-833.
- TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (II)”, en *Tratado de legítimas*. AA.VV. (Coord. TORRES GARCÍA, T. F.) Ed. Atelier. Barcelona, 2012, pp. 87-152.
- TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2014.
- TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227.
- TORRES GARCÍA, T. F.: “Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias Tomo II* AA. VV. (Coord. GÓMEZ GÁLLIGO, J.) Ed. Civitas, Navarra 2008, pp. 1653-1671.
- TORRES GARCÍA, T. F.: “La legítima en el Código Civil”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* AA. VV. (Ed. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.) Grupo de investigación De Conflictu Legum. Santiago de Compostela, 2009, pp. 297- 321.
- TORRES GARCÍA, T. F.: “De la administración de la sociedad de gananciales”, en *Derecho de familia*. AA.VV (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, pp. 1099-1163.

- TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima “versus” libertad de testar”, en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. AA.VV. (Dir. PEREÑA VICENTE, M., DELGADO MARTÍN, P.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 865-891.
- TRIGO GARCÍA, B.: “Finalidades del patrimonio fiduciario: fiducia y persona jurídica”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust* AA.VV. (Coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006, pp. 193-205.
- TRIGO GARCÍA, B.: “La transmisión de la condición de socio: ¿convivencia del derecho contractual y del derecho sucesorio, o diferencias irreconciliables?”, en *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* AA.VV. (Ed. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.) Grupo de investigación De Conflictu Legum. Santiago de Compostela, 2009, pp. 323-337.
- VACCHIANO LÓPEZ, C.: “La sucesión en la empresa familiar”, en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión* AA. VV. (Coord. NOGALES LOZANO, F.) Fundación EOI. Madrid, 2007, pp. 261-274.
- VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F.: “Liquidación de la sociedad de gananciales; supuestos especiales y referencia a la empresa familiar”, en *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010, pp. 221-255.
- VALLADARES RASCÓN, E.: “Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4893-4902.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1974.
- VALMAÑA CABANES, A.: *El régimen jurídico del protocolo familiar*. Ed. Comares. Granada, 2014.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo II. AA.VV. (Coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.) Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915-4954.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el derecho”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Vol. II. AA.VV. (Coords. ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 2415-2442.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “El Derecho de familia”, en *Derecho de familia*. AA.VV. (Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.) Ed. Civitas. Navarra, 2012, pp. 105-133.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima” en *InDret* [En línea], número 3, 2007. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf. [Consulta 7 de abril de 2015].
- VAQUER ALOY, A.: “La legítima en el derecho civil de Cataluña”, en *Tratado de legítimas*. AA.VV. (Coord. TORRES GARCÍA, T. F.) Ed. Atelier. Barcelona, 2012, pp. 471-515.

- VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias” en *InDret* julio 2015 [En línea]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf. [Consulta 18 de julio de 2016]
- VAQUER ALOY, A.: “Los límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones”, en *La autonomía privada en el Derecho Civil*. AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.) Ed. Aranzadi. Navarra, 2016, pp. 245-294.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudios de los artículos 841 y 844 del Código Civil”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. AA.VV (Coords. BELTRÁN DE HEREDIA ONIS, P. *et al.*) Ed. Universidad de Salamanca, 1984, pp. 737-765.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Ed. Reus. Madrid, 2012.
- VICENT CHULIÁ, F.: “Protocolo familiar, organización jurídica y relevo generacional de la empresa familiar”, en *La empresa familiar y su relevo generacional*. AA. VV. (Coord. SERRANO DE NICOLÁS, A.) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 117-143.
- VIGIL, A.: “Cómo afecta el nuevo reglamento europeo de sucesiones a la empresa familiar” en *Diario La Ley*. Nº 8640. Noviembre 2015.
- VIKSTRÖM, A., WESTERBEG, M.: “Success with succession. An empirical study of small Swedish family firms” en *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*. Vol. 11 nº3 2010, pp. 223-241.
- VIVAS MORENO, B.: *Guía de aproximación a la empresa familiar*. Colección EOI Empresas. Madrid, 2006.
- VIVAS TESÓN, I.: “Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato: ¿Pacta sunt servanda?” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.1, enero-abril 2013, pp. 113-131.
- YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, J. A.: “El protocolo familiar”, en *Actas de los Undécimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Noviembre 2001, pp. 125-131.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013), en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 6º (2013-2014). AA.VV. (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.) Ed. Dykinson. Madrid, 2016, pp. 83-94.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal” en *Economist & Jurist*, núm. 118, marzo 2008, pp. 18-31.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Eficacia de los pactos prematrimoniales” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 1, enero-abril 2013, pp. 1-56.
- ZURILLA CARIÑANA, M. A.: “Comentarios a los artículos 823 a 833 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*. AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.) Ed. Aranzadi, 3ªed. Navarra, 2009, pp. 994-1006.